



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**El delito de violencia intrafamiliar y la
protección estatal al menor como víctima**

Presentado por:

Licinia Lucía Hernández Barredo

Tutelado por:

Roberto Cruz Palmera

Valladolid, 17 de diciembre de 2024

Los niños de hoy son los adultos de mañana

RESUMEN:

Este Trabajo de Fin de Grado se centra en un análisis exhaustivo de la legislación, predominantemente interna y de alcance nacional, orientada a la protección integral de los menores en nuestro país. El objetivo es ofrecer una visión global y bien fundamentada de los mecanismos legales mediante los cuales el Estado interviene en situaciones de violencia intrafamiliar cuando la víctima es un menor. Este estudio se presenta como una revisión crítica de la normativa y jurisprudencia existente, con el fin de evaluar su eficacia y resaltar áreas susceptibles de mejora en el ámbito de la protección infantil.

Palabras clave: delito; violencia doméstica; protección de menores; patria potestad; víctima; habitual; tipo básico; tipo agravado; pena; reforma.

ABSTRACT:

This Final Degree Project provides an in-depth analysis of national legislation, particularly that aimed at the comprehensive protection of minors in our country. Its purpose is to offer a broad and detailed perspective on the legal instruments through which the State intervenes in cases of domestic violence when the victim is a minor, assessing the effectiveness and scope of such regulations. It constitutes a critical and thorough review of the existing legislation and relevant case law, examining not only the legal framework but also reflecting on the challenges, gaps, and areas for improvement in the implementation of child protection measures, with the aim of offering proposals for optimization.

Keywords: crime; domestic abuse; minor's protection; parental authority; victim; habitual; basic type; aggravated type; penalty; penal reform.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil Español.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española.

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Fj: Fundamento jurídico.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

LIVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LOPIVI: Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

MF: Ministerio Fiscal Español.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional Español.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España.

TEDH: Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	8
2. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN LA QUE SE INSERTA EL MENOR	10
2.1. El deber del Estado en la protección y promoción de la familia	11
2.2. La filiación, la patria potestad y la posición de garante de los progenitores	11
2.2.1. La privación de la patria potestad	15
2.2.2. La posición de garante de los progenitores	16
3. MARCO LEGISLATIVO Y REGULACIÓN	18
3.1. Principios de la protección de los menores en el ordenamiento jurídico	18
3.1.1. El interés superior del menor	18
3.1.1.1. <i>La determinación del interés superior</i>	20
3.1.2. El principio de participación activa	22
3.1.3. Los principios de protección integral y efectividad	22
3.2. Normativa reguladora	23
3.2.1. Ámbito nacional	23
3.2.1.1. <i>Evolución histórica</i>	23
3.2.1.2. <i>Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.</i>	27
3.2.1.3. <i>Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.</i>	28
3.2.1.4. <i>Ley 26/2015, de 28 de julio.</i>	29
3.2.1.5. <i>Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.</i>	33
3.2.2. Ámbito internacional y comunitario	37
3.2.3. Ámbito autonómico	39
4. LA VIOLENCIA DENTRO DEL ÁMBITO DOMÉSTICO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL MENOR	41
4.1 Manifestaciones de los malos tratos	41
4.2 Consecuencias de los malos tratos en el menor.....	42

5. ANÁLISIS DE LA PREVISIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL	43
5.1. El artículo 153 del Código Penal	44
5.1.1. La conducta típica	45
5.1.1.1. <i>Tipo objetivo</i>	45
5.1.1.2. <i>Tipo subjetivo</i>	46
5.1.2. Sujetos de la conducta típica	48
5.1.2.1. <i>Dentro del 153.1 CP</i>	48
5.1.2.2. <i>Dentro del 153.2 CP</i>	48
5.1.3. Objetos del delito	49
5.1.3.1. <i>El bien jurídico protegido</i>	49
5.1.4. Consecuencia jurídica	49
5.1.4.1. <i>Agravaciones de la pena</i>	51
5.2. El artículo 173.2 del Código Penal	53
5.2.1. La conducta típica	53
5.2.1.1. <i>Tipo objetivo</i>	53
5.2.1.2. <i>El elemento de habitualidad</i>	54
5.2.1.3. <i>Tipo subjetivo</i>	57
5.2.2. Los sujetos de la conducta típica	58
5.2.3. Objetos del delito	59
5.2.3.1. <i>El bien jurídico protegido</i>	59
5.2.4. Consecuencia jurídica	60
5.2.4.1. <i>Agravaciones de la pena</i>	60
5.2.5. Reflexión sobre la previsión penal del delito de maltrato habitual	70
6. MEDIDAS JUDICIALES QUE PUEDEN ADOPTARSE	65
6.1. Los artículos 544 bis y ter de la LECrim	66
7. CONCLUSIONES	69
8. BIBLIOGRAFÍA	74
9. ANEXO DE JURISPRUDENCIA	80

1. INTRODUCCIÓN

El maltrato infantil es un problema complejo que parece resistirse al progreso social y jurídico, a pesar de los avances normativos y los esfuerzos legislativos desarrollados en nuestro ordenamiento con el objetivo de proteger a los menores. Su persistencia radica, en gran parte, en que se produce en el ambiente íntimo, privado e inviolable del domicilio familiar, por lo que su detección por parte de las autoridades públicas se dificulta en extremo, constituyendo así una de las peores lacras que enfrenta nuestra sociedad, ya que se ejerce sobre el individuo más débil e indefenso del núcleo familiar, por parte de las personas que, por ley, tienen encomendadas labores de protección y vigilancia del mismo, e incluso en ocasiones, con la connivencia de los demás integrantes del núcleo familiar, que, si bien no tienen por qué ejercer las conductas violentas, no evitan su perpetración.

En particular, durante todo mi paso por el Grado en Derecho, me ha interesado en gran medida la rama penal, precisamente porque, al regular los actos más graves que pueden cometerse contra diferentes bienes jurídicos de las víctimas, demuestra el enorme poder estatal. Sabiendo que el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, y estando de acuerdo en la importancia del mismo, no deja asombrarme la forma en la que el Estado, buscando controlar y subsanar de algún modo las acciones injustas y delictivas que se producen en nuestra sociedad, utiliza medios de respuesta tan contundentes frente a las trasgresiones más graves, pudiendo privar de derechos fundamentalísimos, como la libertad, a las personas que llevan a cabo las acciones u omisiones tipificadas. Por tanto, es esa respuesta tan poderosa lo que me llamó la atención de esta rama del ordenamiento jurídico.

La elección del tema en concreto se deriva de que, tras haber sopesado con mi tutor los distintos temas que me resultaban interesantes, al investigar sobre la regulación del Derecho de protección de menores, observé que las reformas que se han hecho en la materia son muy recientes, y que, de hecho, aún no se han cumplido algunas previsiones que establecía la última legislación relativa a esta, como es el **mandato**

de especialización de los órganos judiciales previsto en la Disposición final vigésima de la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que tendremos ocasión de analizar durante este trabajo, y que debía realizarse en el año siguiente a su publicación. A día de hoy, tres años después de esto, sólo existe en España un Juzgado especializado en protección de menores ante la violencia, el Juzgado nº3 de Instrucción de las Palmas de Gran Canaria.

En conclusión, el objetivo de esta investigación es analizar qué tratamiento jurídico da el Estado a la situación del maltrato infantil, empleando para ello una metodología cualitativa basada en el análisis jurídico de la regulación y la jurisprudencia relativas a la protección de menores, y, especialmente, la previsión y respuesta penal ante los ilícitos de malos tratos contra los hijos, desde una perspectiva crítica. Destacaremos los especiales deberes y derechos de los progenitores, que se manifiestan en la patria potestad, y profundizaremos en cómo, judicialmente, pueden adoptarse diversas medidas, cautelares o no, dirigidas a proteger la integridad física o moral de los menores.

2. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN LA QUE SE INSERTA EL MENOR

La familia es una de las instituciones básicas que sustenta el Estado de Derecho. Su importancia se deriva de que, entre otras funciones, permite la subsistencia social, al hacer posible el nacimiento de nuevos individuos, garantizando la continuidad demográfica de la sociedad¹, y se consolida como el marco adecuado para que estos se desarrollen: esto es, cumple funciones esenciales y estratégicas que repercuten en la conformación del individuo, la transmisión de valores y, como consecuencia última, en la estructuración de la comunidad política y jurídica. Es, por tanto, uno de los pilares sobre los cuales se configura la sociedad, y su estabilidad tiene un impacto directo en el bienestar colectivo. Desde el punto de vista jurídico, la familia se define como un grupo de personas unidas entre sí por vínculos derivados del matrimonio o del parentesco², ya sean de naturaleza biológica o legal, que comparten un proyecto de vida común basado en la convivencia, el apoyo mutuo y la protección de sus miembros.

Mediante la familia, **el menor consolida sus primeros vínculos afectivos**, adquiere conocimientos, valores y normas de comportamiento y convivencia que le permiten interactuar con su entorno social de forma normal. El núcleo familiar del menor cumple una importante función emocional, proporcionando un entorno seguro en el que este pueda desarrollar su identidad y recibir apoyo afectivo, ya que los menores, a través de la interacción con sus progenitores o tutores, desarrollan su autoestima y habilidades emocionales. También cumple una función económica, ya que el menor debe percibir alimentos de sus progenitores, entendiendo como alimentos lo que establece el artículo 142 del Código Civil (en adelante, CC): todo lo que sea indispensable para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

¹ Medina Pabón, J. (2014). *Derecho Civil*, Universidad del Rosario, Bogotá, pág.33.

² Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2021). *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, pág. 23.

2.1 EL DEBER DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA FAMILIA

Dado el papel primordial que la familia desempeña en la sociedad, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, su protección y promoción son una prioridad para el Estado de Derecho.

En el caso de España, nuestra norma constitucional le otorga un reconocimiento explícito y establece una serie de deberes estatales en relación con su protección: el precepto contenido en el artículo 39.1 CE señala que: "*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*".³ Esto implica una obligación activa del Estado en la promoción de políticas públicas para favorecer el bienestar de las familias y la protección de sus miembros más vulnerables, como son, por ejemplo, los hijos, a los que también alude el segundo apartado de dicho precepto. Asimismo, el sistema de derecho de familia en España regula diversas instituciones jurídicas destinadas a proteger los derechos y obligaciones que suponen la pertenencia a la familia: la filiación, la patria potestad, o las obligaciones alimentarias.

2.2 LA FILIACIÓN, LA PATRIA POTESTAD Y LA POSICIÓN DE GARANTE DE LOS PROGENITORES

La filiación es el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, pudiendo ser de dos tipos: el vínculo biológico, que es fruto de la naturaleza humana y se deriva del hecho de la generación, y el vínculo jurídico, que se fundamenta en la anterior, dado que no es el Derecho positivo el que crea esos lazos, ni decide quién es el padre, y quién el hijo, sino que es algo que le viene al Derecho dado por naturaleza,

³ BOE-A-1978-31229 *Ley 311, de 29 de diciembre, Constitución Española*, (1978, 29 diciembre). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

por lo que este se limita a reconocerlo y regularlo, concretando en gran parte su contenido en el sentido de que los padres están obligados a prestar a sus hijos la asistencia moral y material que precisan para sobrevivir y desarrollarse⁴.

El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio se prevé en el artículo 110 del CC, conforme al cual “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Las obligaciones de los padres se establecen como contenido nuclear de la relación de filiación, con independencia de la patria potestad: esto significa que el artículo anterior se aplica especialmente cuando la patria potestad ha sido atribuida a uno solo de los progenitores, y no al otro, pero sobre el que siguen pesando los deberes de velar y alimentar que establece el precepto.

El régimen vigente de la patria potestad se encuentra en los Capítulos I a IV del Título VII, “de las relaciones paterno filiales”, del Libro I del CC, y los preceptos que les son referibles son los artículos 154 a 171, régimen jurídico que procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁵, sin perjuicio de que bastantes de los preceptos que lo integran han sido objeto de reforma mediante disposiciones legales posteriores a dicha ley. El contenido de esta institución aparece regulado en el artículo 154 del CC, indicando que se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores los hijos e hijas no emancipados, cuyo ejercicio debe realizarse siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con **respeto a sus derechos, su integridad física y mental**, y, si los hijos tuvieran suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

⁴ De Pablo Contreras, P. (2021). *Curso de Derecho Civil, Derecho de familia*, Edisofer, S.L, Madrid, págs. 329-339.

⁵BOE-A-1981-11198 *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, (1981, 13 mayo). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198..>

Asimismo, establece los deberes de los progenitores de **velar por los hijos**, tenerlos en su compañía, prestarles alimentos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes, y decidir su lugar de residencia habitual.

La patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas “potestades familiares”, configurándose como una función que debe ser ejercitada, ya que atribuye a los progenitores ciertos derechos a los efectos de poder cumplir con los deberes que les incumben en beneficio de los hijos: actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y tiene un **indudable carácter tutelar**.

Dado que la regulación que se le da en el CC a esta materia resulta un poco escasa, la jurisprudencia ha venido a completar los aspectos fundamentales de la institución: la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997⁶ indica que el derecho de los padres a la patria potestad viene incluido entre los denominados derechos función, cuya especial naturaleza les otorga su carácter social, **trasciende el ámbito privado** y hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino **obligatorio e irrenunciable para quien lo ostenta**.

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993⁷, estableció que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto del sostenimiento y educación de sus hijos, **cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores**.

⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 445/1997 de 20 de mayo.

⁷ Lledó Yagüe, F, (2017). *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia*. Dykinson. Madrid, págs. 126-128.

La titularidad de la patria potestad y, como regla general, el ejercicio de la misma, corresponde a ambos progenitores conjuntamente, teniendo un **carácter dual**, pero su ejercicio está sometido a la intervención y vigilancia judicial, así como, en su caso, de la Administración Pública. En cuanto a la dualidad de la patria potestad, cabe matizar que el hecho de que no se ejerza la patria potestad por uno de los progenitores, no excluye de por sí un derecho de relación que asiste a los hijos menores respecto de los mismos: los hijos menores, según el artículo 161 del CC, tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública. A pesar de esto, el derecho de relación del hijo con los progenitores no es un derecho absoluto, puede ser excluido mediante resolución judicial, o, en caso de situación de desamparo bajo tutela administrativa, podrá ser excluido por la entidad pública.

Volviendo sobre la intervención y vigilancia judicial, se determina que sea el juez quien habrá de decidir al cuidado de qué progenitor quedarán sujetos los hijos menores en los casos de separación de hecho y falta de acuerdo entre los padres, y se ve complementada con **la intervención de la Administración en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrará en situación de desamparo, que conlleva su suspensión**, articulándose un sistema público de protección de menores que atribuye a las Entidades Públicas competentes la tutela administrativa de los menores en ese caso en que, para su protección, no han sido suficientes, por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o por un ejercicio deficiente de las mismas, las instituciones ordinarias previstas por el CC (como es el caso de la patria potestad), ocasionando su desprotección moral o material.

2.2.1 La privación de la patria potestad

El artículo 170 CC establece, en su párrafo primero, que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial.

Este artículo establece una regulación más bien escasa sobre la privación de la patria potestad, por lo que también ha sido completada a través de jurisprudencia del TS: la sentencia de 24 de abril del 2000⁸, interpreta que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, no se trata de sancionar su conducta por el incumplimiento de sus deberes, (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino de defender los intereses del menor, y la sentencia de 10 de noviembre de 2005⁹, establece el requisito de que el incumplimiento constante, grave y peligroso para el hijo, aparezca plenamente probado.

Por otra parte, la sentencia del TS de 3 de mayo de 2001¹⁰ establece los cauces por los que se puede producir la privación de la patria potestad, esto es, como hemos expuesto brevemente con anterioridad, por **sentencia dictada en causa criminal al concurrir alguna de las infracciones punibles en que puede decretarse la privación de la patria potestad**, por sentencia dictada en causa matrimonial de separación, nulidad o divorcio en cuya sentencia podrá acordarse la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello, y por sentencia civil. Con todo, no se descarta la rehabilitación de la patria potestad del progenitor que hubiera sido privado de la misma, ya que el artículo 170.2 CC establece que los tribunales podrán, en beneficio

⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 415/2000 de 24 de abril.

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 900/2005 de 10 de noviembre.

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 418/2001 de 3 de mayo.

e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación.

A pesar de esto, la rehabilitación resulta de difícil aplicación¹¹ dadas las circunstancias que determinan la privación y el riguroso criterio jurisprudencial al respecto que conlleva a aplicarla solo en casos graves, y no procederá en los supuestos en que se hubiera propiciado para el menor una situación incompatible con la patria potestad cuya rehabilitación se pretende, y el menor se encontrara **desamparado** debido a estos incumplimientos, ya que, habiéndose atribuido a las Entidades Públicas la tutela administrativa del menor, una de las medidas que la Administración suele procurar para el menor en desamparo, es darlo en adopción, y en ese caso, se extingue la patria potestad por transmitirse esta a los progenitores adoptantes.

2.2.2. La posición de garante de los progenitores

La posición de garante se refiere a la **condición que pesa sobre una persona que tiene un especial deber jurídico** de actuar, en el sentido de un “deber de garantía”, en determinadas situaciones. Cuando una persona ostenta un deber jurídico especial, se convierte en garante de la no producción de un resultado, y es posible fundamentar una responsabilidad criminal respecto del resultado no impedido¹², como la responsabilidad por la comisión de un delito por omisión, que se prevé en el artículo 11 del CP, del que se desprende que los delitos que consistan en la producción de un resultado determinado se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación de ese resultado, hecha infringiendo un especial deber jurídico que pesa sobre el autor,

¹¹ Sánchez-Calero Arribas, B. (2004). “Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad”, en C. Lasarte Álvarez, (Coord), *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla pág. 161.

¹² Rodríguez Mourullo, G. (1966) “La omisión de socorro en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Editorial Tecnos, Madrid, n°3, págs. 752-754.

equivalga a su causación, y equipara omisión a la acción “cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar”.

Este deber jurídico especial puede surgir de la ley, en normas que imponen obligaciones específicas de protección o vigilancia, de los contratos por los que se asumen responsabilidades específicas, o de la llamada injerencia: haber creado una situación de riesgo previo que exige actuar para evitar daños posteriores.

En nuestro caso, parece correcto entender que los progenitores se encuentran en una posición de garante respecto de sus hijos, según el tenor del artículo 154 del CC anteriormente mencionado, que se traduce en deberes de protección y de vigilancia, además de los de cuidado¹³, y así se ha reflejado en la práctica jurisprudencial, ya que la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2015¹⁴, establece que **la obligación legal de actuar se deduce de la relación paterno filial que ocurre y que impone a los padres el deber de velar por los hijos menores observado en el artículo 154.1 del CC.**

La comisión por omisión requiere de tres presupuestos, un presupuesto objetivo, que debe ser causal del resultado típico, al no evitar su producción; un presupuesto subjetivo, siendo la voluntad de cooperar casualmente con la omisión en la producción del resultado; y un presupuesto normativo consistente en la interacción del deber jurídico de impedir la comisión del delito, encontrarse en posición de garante. Por todo esto, la inacción de quien estaba obligado a actuar en defensa de un bien jurídico de relevancia equivaldría a la realización de un comportamiento activo, ya que la acción a realizar exigida por la norma hubiera evitado la producción del resultado.

¹³ Cuadrado Ruiz, M. (2019). “La posición de garante”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, págs. 11-68. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24760> (Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2024).

¹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 180/2015, de 3 de febrero, Fjº 6.

3. MARCO LEGISLATIVO Y REGULACIÓN

Primero veremos los principios por los que se rige el ordenamiento, y, posteriormente, un análisis de las normas que se configuran en el ámbito nacional, internacional, comunitario y autonómico.

3.1 PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al hablar del marco jurídico que regula esta materia, debemos mencionar una serie de principios rectores relativos a la protección de los menores en España, y también en el ámbito internacional.

3.1.1 El interés superior del menor

El más relevante y específico es el principio de interés superior del menor, establecido en el precepto del artículo segundo de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), que lo califica como un principio fundamental que deberá inspirar la normativa, la práctica jurisprudencial, y las actuaciones de los poderes públicos, y además le otorga primacía sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en cada caso concreto¹⁵. Es un principio que encuentra su justificación formal en que el menor carece de un grado suficiente de madurez, siendo inevitable que sean otros quienes deban proteger y, si fuera necesario, ejercer los derechos de los que es titular, aunque esto debe interpretarse de forma restrictiva.

¹⁵ BOE-A-1996-1069 *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (1996, 15 enero). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>.

El interés superior del menor tiene una triple faceta¹⁶: Actúa, primero, como **principio jurídico interpretativo**, ya que, si una disposición jurídica admitiera más de una interpretación, se debe elegir aquella que obedezca y refleje de forma más efectiva el interés superior del niño.

En segundo lugar, es un **derecho sustantivo** del que es titular el menor, es el derecho a que su interés superior se considere de forma primordial y sea tenido en cuenta a la hora de sopesar los diferentes intereses que pudieran surgir en la toma de decisiones.

Por último, se manifiesta también como **norma procedimental**, ya que incluye que se haga una estimación de las posibles consecuencias de la toma de unas u otras decisiones que vayan a afectar al menor. Se traduciría, en la práctica, en la aplicación de un conjunto de medidas y mecanismos orientados a garantizar el desarrollo integral del menor, y al aseguramiento de que éste disfrute de una vida digna, de forma que se proporcionen tanto las condiciones afectivas como los medios materiales necesarios para que pueda desarrollarse plenamente y alcanzar un óptimo nivel de bienestar.

En resumen, es una **garantía jurídica** destinada a salvaguardar los derechos e intereses de los menores, para que tengan la posibilidad de participar en la adopción de aquellas decisiones que afecten de manera directa a su vida y bienestar¹⁷.

¹⁶ García García, N. (2017). *¿Conocemos bien el marco jurídico que arropa el interés del menor?*, *Familia y Sucesiones*. Disponible en línea: <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor>.

¹⁷ Olmo Pérez, M. (2024). *Interés superior del menor en el Derecho de Familia, Derecho Civil, ejemplos*. Recuperado de: <https://derechovirtual.org/interes-superior-del-menor-en-el-derecho-de-familia/>.

3.1.1.2. *La determinación del interés superior*

Para determinar e interpretar cual es el interés superior del menor, el precepto contenido en el artículo 2 de la LOPJM establece una serie de criterios generales en forma de “*numerus apertus*” que deberán seguirse para ello, son: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, la satisfacción de sus necesidades, la consideración de sus deseos y opiniones y el ejercicio de su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, evolución personal, etc.

El interés superior del menor también se debe determinar garantizando que su vida se desarrolle en un **entorno familiar adecuado y libre de violencia**, priorizando la permanencia en su familia de origen siempre que sea positivo para el mismo, y la preservación de factores personales como su identidad, cultura, religión, idioma, orientación e identidad sexual.

Estos criterios deben interpretarse atendiendo a los siguientes factores: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación por su situación de especial vulnerabilidad, el efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la estabilidad que deben suponer las soluciones que se adopten para promover su efectiva integración y desarrollo, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, y cualesquiera otros que, en cada supuesto concreto, sean considerados pertinentes, según el tercer apartado del mencionado artículo 2 LOPJM.

Asimismo, deben observarse las circunstancias concretas de cada situación, y cumplir con los imperativos de los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁸. El principio de necesidad, en este caso, significa que no haya medidas alternativas a la que se toma para lograr el objetivo con la misma eficacia. La medida adoptada debe ser indispensable por el hecho de que no existan otros medios menos lesivos para los derechos de los que el menor es titular con los que alcanzar el objetivo propuesto.

¹⁸ Martínez García, C. (2017). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, España, pág. 27. Disponible en línea: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/26167>.

El principio de proporcionalidad exige que haya una relación razonable entre el fin perseguido y la medida elegida, y que además esa medida no genere de forma evidente más perjuicios que beneficios a la hora de computar los derechos e intereses en juego. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha sintetizado estos principios en un “test de proporcionalidad” que consiste en que el Estado pruebe en cada caso que se cumplen las siguientes afirmaciones: que con la medida adoptada se persigue un fin legítimo, que existe una relación de conformidad o proporción entre los medios utilizados y el fin perseguido, y que no existe otra medida menos gravosa para el derecho del niño que consiga idéntico resultado.

La presencia y el cumplimiento del principio de interés superior del menor se afianza, y podemos verlo mencionado, en otras disposiciones legales, como el preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su tercer párrafo¹⁹, que establece que la ley nace con el objetivo de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, e indica la obligatoriedad de que **el principio de interés superior actúe a modo de guía a la hora de tomar las medidas y decisiones** en relación a un menor víctima de un delito **durante el proceso penal**. Esto también implicaría que las medidas de protección que se prevén en el Título III de la citada ley, y especialmente la no adopción de ellas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor. También lo configura como principio rector y fundamental la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN), en su artículo 3.1, que establece que este principio debe tener una consideración primordial a la hora de tomar cualquier medida concerniente al menor por parte de las instituciones públicas o privadas de bienestar social, autoridades administrativas y judiciales, así como el legislador²⁰.

¹⁹ BOE-A-2015-4606 *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* (2015, 27 abril). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>.

²⁰ ONU: Asamblea General, (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*, *United Nations, Treaty Series*, nº 1577, p. 3, 20 noviembre. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1989/es/18815>.

3.1.2 El principio de participación activa

Otro principio jurídico relevante es el **principio de participación activa del menor**, intrínsecamente relacionado con el principio de interés superior, puesto que es una manifestación del mismo. Aparece mencionado en el ya expuesto artículo 2 LOPJM y previsto en el artículo 9 de la misma ley, desarrollando así el derecho de audiencia y participación del menor, que **tiene derecho a ser escuchado, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación** que le afecte y conduzca a una decisión relativa a su esfera personal, familiar o social. También encuentra fundamento en el artículo 12 de la CDN, que establece un imperativo que deben cumplir los Estados Parte: garantizar al menor que esté en condiciones de formar un juicio propio el derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afectan, y hacer una valoración de sus opiniones en función de su edad y grado de madurez.

3.1.3 Los principios de protección integral y efectividad

Otro principio a considerar en esta materia es el de **protección integral**, que se complementa con el **principio de efectividad**. El primero implica que la ley se deba configurar desde un enfoque integral que abarque desde la prevención de situaciones de violencia hasta la protección y atención posterior a los menores víctimas de la misma, centrándose en su recuperación y en su reintroducción en el paradigma social y familiar²¹, como establece el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, en adelante LOPIVI.

²¹ BOE-A-2021-9347 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de *Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*. (2021, 4 junio). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>.

El segundo principio se debe manifestar en la adopción de medidas o providencias, no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que, siendo de cualquier índole, conduzcan a la efectividad y al goce y disfrute real de los derechos humanos del menor, y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas, recogiendo estos extremos en el artículo 4 de la CDN, enfatizando que, en el desarrollo de esas garantías, deben adoptarse las medidas que sean necesarias hasta el máximo de los recursos de que se dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

3.2 NORMATIVA REGULADORA

3.2.1 Ámbito nacional

Veremos la evolución legislativa que ha llevado a las normas actuales, deteniéndonos sobre cada una.

3.2.1.1 Evolución histórica

En España, la protección de los menores estuvo en manos de la caridad privada y eclesiástica hasta que, en el siglo XIX, los poderes públicos comenzaron a dedicarle cierta atención. En la primera mitad del siglo XIX, como consecuencia de la secularización de la sociedad, el proceso desamortizador, y la consiguiente secularización de los bienes de la Iglesia, la actividad asistencial que había sido financiada por ésta debió ser asumida por el Estado, pretendiendo así, desde la perspectiva estatal, pasar de una situación de caridad privada a otra de beneficencia pública. Por otra parte, la crisis generalizada que marcó la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX en España, provocó que las instituciones de caridad privada dedicadas a los menores (como las casas de misericordia, incluso, casas de expósitos, casas de maternidad) se vieran desbordadas.

La cuestión del modelo asistencial sería planteada varias veces durante el siglo XIX: durante el trienio liberal se promulgó la **Ley de establecimiento general de beneficencia de 1822**, con la que se pretendía uniformizar las instituciones asistenciales, y oficializarlas, mediante la absorción estatal de las de carácter privado, pero que no llegó a aplicarse por la vuelta de nuevo al absolutismo²² en 1823. No será hasta que los liberales recuperaron el poder tras la muerte de Fernando VII, que se podría restablecer esta ley mediante el Real Decreto de 8 de septiembre de 1836, ya que el regreso de este monarca a España en 1814 constituyó un gran obstáculo en la aplicación de la política desamortizadora que se había emprendido. No obstante, la secularización de todas estas actividades asistenciales nunca llegó a producirse totalmente, ni en ámbito legislativo, ni en la práctica, ya que la crisis económica y el incremento de la demanda asistencial obligó a que los poderes públicos necesitaran la colaboración de los privados, que eran en su mayoría instituciones eclesiásticas, de forma que estas continuarían desarrollando actividades de beneficencia de forma paralela al Estado.

La serie de transformaciones políticas, así como la aprobación de una Constitución moderada en el año 1845, dirigida a aumentar y consolidar el poder de la Corona y de la burguesía moderada²³, procuraron la aprobación de una **nueva Ley de Beneficencia, el día 20 de junio de 1849**, posteriormente desarrollada por el Reglamento de 14 de mayo de 1852, que validaba ese sistema doble de beneficencia pública y particular, eso sí, configurando los establecimientos públicos de beneficencia como la regla general, y los privados como una excepción (esto a pesar de que, en la realidad, la mayoría de ellos eran privados). Esta ley fue duramente criticada por no lograr una respuesta adecuada a los problemas que planteaba entonces

²² Ródenas Collado, L. (2013). “La desamortización eclesiástica en España”. *Momentos de la Historia*, nº 80, pág. 12. Disponible en: https://gibralfaro.uma.es/historia/pag_1872.htm (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2024).

²³ Citado de la Web del Congreso de los Diputados. Disponible en: <https://www.congreso.es/es/cem/const1845> (fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024).

la asistencia social, lo que influyó en la creación de unos Tribunales especiales en la materia. En ese momento, la familia sería la institución a partir de la cual se configuraba la política pública de control de la infancia: se buscaba garantizar que los menores fueran seres útiles para el Estado, por lo que **se creó un complejo entramado de control social** basado en el seguimiento constante de los menores y sus familias, y en medidas de policía administrativa y educativas.

A finales del siglo XIX, y principios del XX se dictan en España las primeras leyes dirigidas a brindar protección a la infancia y velar por los menores.

La primera de ellas fue la **Ley del 26 de julio de 1878**, que prohibía los ejercicios peligros ejecutados por menores, estableciendo la imposición de pena de prisión o multa a aquellas personas que utilizaran a los menores en los espectáculos públicos, o en la realización de trabajos difíciles y peligrosos. Como novedad, la pena que se imponía a los padres o tutores conllevaba también la privación de la patria potestad o la tutela en cada caso, y podía ser de forma temporal o permanente.

Posteriormente, se promulgarán la **Ley de 13 de mayo de 1900**, que regulaba el trabajo de mujeres y niños, la ley sobre mendicidad de menores del 23 de julio de 1903, que encomendaba por primera vez al Estado el ejercicio de la acción protectora de los menores abandonados y de aquellos privados de la asistencia de sus progenitores a través de las Administraciones, y la **Ley de 12 de agosto de 1904 de protección a la infancia**, posteriormente desarrollada por el Reglamento de 24 de enero de 1908. Esta última ley tenía por objeto proveer protección pública a los menores de 10 años, tanto en la salud física como moral del niño, estableciendo un conjunto de entidades públicas que se encargarían de esa tarea protectora: un Consejo Superior de protección a la infancia, y las juntas provinciales y locales (esto es, mediante técnicas de policía administrativa). La ley de 1904 no trataba la cuestión de los menores delincuentes, ya que esa materia quedaría enmarcada dentro del derecho

penal común²⁴. La Primera Guerra Mundial y la Declaración de Ginebra de 1924 reforzaron la idea de que la infancia necesita protección. En España, el desarrollo de políticas más enfocadas en el bienestar integral de los menores fue impulsado por estas influencias internacionales y se considera fundamental.

Durante el régimen franquista se promulgó la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, la cual, aunque sí tenía como objetivo establecer una protección formal a la infancia, lo hacía desde un enfoque paternalista y disciplinario, viendo esta etapa como un objeto de control social, sin considerar al menor como sujeto de derechos. Si bien es cierto que durante esta etapa se dio importancia a la intervención del Estado en la tutela de los menores, se hizo desde un enfoque que primaba la corrección y la vigilancia por encima de un verdadero desarrollo integral.

Acercándonos más a la actualidad, **la CE de 1978 sería decisiva en el cambio de perspectiva que se necesitaba en la legislación de menores**, ya que introduce una nueva concepción de los derechos y libertades existentes en la infancia, y de los elementos que componen la estructura familiar, estableciendo implícitamente que el menor es titular y sujeto portador de todos los derechos contenidos en el Título I «De los Derechos y Deberes Fundamentales» de la Constitución, y no un mero objeto de protección. Adquiere especial relevancia el precepto contenido en su artículo 39.2, que, como ya sabemos, estableció el mandato a los poderes públicos de proteger a los menores y garantizar su desarrollo integral, consagrando así un principio fundamental que serviría de base para la legislación posterior²⁵.

²⁴ De Palma del Teso, A. (2006). "Administraciones públicas y protección de la infancia", *Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)*. España, págs. 21-26. Disponible en: <https://vlex.es/vid/proteccion-menores-aproximacion-historica-400135870#:~:text=El%2012%20de%20agosto%20de,1>.

²⁵ Fernández Soria, J. (1984). "Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España". *Revista Interuniversitaria*, nº 3, págs. 191-214. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=87336> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024).

Este precepto regula la protección económica, social y jurídica de la familia, la protección de los hijos por los poderes públicos con independencia de su filiación, la obligación de los progenitores de prestar la necesaria asistencia a los hijos durante la minoría de edad, y deja abierta la puerta a que el ordenamiento nacional tenga en cuenta la protección prevista en los acuerdos internacionales que versan sobre la materia²⁶. Más tarde, el 30 de diciembre de 1990, España ratificó la CDN²⁷, que sirvió en buena parte para inspirar posteriormente la norma nacional fundamental que regula el estatuto jurídico de las personas menores de edad en España: LOPJM.

3.2.1.2. *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*

Esta ley creaba un marco normativo integral de carácter estatal que consolidaba la visión de los menores como sujetos activos de derechos, **pasando así de una concepción asistencialista a un marco de reconocimiento pleno de derechos**, priorizando, asimismo, el interés superior del menor y el principio de participación activa en los procesos que le afectaban.

Ha sido reformada en varias ocasiones, introduciéndose cambios significativos en la forma en que las instituciones abordan las situaciones de riesgo y desamparo, y que veremos en los siguientes apartados.

²⁶ Ocón Domingo, J. (2003) “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº45, 2003, págs. 13-28.

²⁷ BOE-A-1990-31312 Instrumento de Ratificación de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las *Naciones Unidas* el 20 de noviembre de 1989. Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>.

3.2.1.3. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Esta norma desarrolla el artículo 39 de la CE. La normativa de mayor rango en materia de protección del menor era la LOPJM, que, con esta ley, no se deroga, sólo se modifica. Desde el año 1996, la aprobación de nueva normativa estatal y autonómica, la firma de otros Tratados internacionales y los diversos cambios sociales que incidieron en la situación de los menores, hicieron que fuera necesaria una reforma.

A grandes rasgos, las modificaciones más relevantes que introduce son relativas al principio del interés superior del menor²⁸, que queda reforzado y mejor definido, ampliando los criterios para determinarlo en su artículo segundo, y estableciendo su triple contenido, como derecho sustantivo, norma procedimental y criterio interpretativo, que ya hemos visto. En su artículo 9 desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, y detalla las necesidades especiales que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

Para dar una mayor asistencia al menor, el art. 10 de esta ley facilita el acceso a mecanismos jurídicos mediante los que plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo u otras instituciones autonómicas análogas, y también refuerza el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores al, en primer lugar, introducir la posibilidad de solicitar asistencia legal y de realizar el nombramiento de un defensor judicial, y, en segundo lugar, permitir que el Ministerio Fiscal pueda intervenir y actuar en defensa de los derechos de los menores.²⁹

²⁸ Lorente García-Mauriño, A. (2015). “Ley orgánica 8/2015 (22 de julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (resumen)”. Disponible en: <https://www.familiaysalud.es/historia-de-nuestra-web/historia-de-nuestra-web/ley-organica-82015-22-de-julio-de-modificacion-del>.

²⁹ Merino Escartín, J. (2015). Resumen de las dos leyes del menor. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-las-dos-leyes-del-menor/#proteccion-juridica-de-menores-ley-organica->.

3.2.1.4. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Se elaboró con el objetivo de introducir los cambios que eran necesarios en el sistema legal de protección de menores para poder continuar garantizando a estos una protección uniforme en todo el territorio estatal, incorporando las novedades establecidas por normas autonómicas más recientes, y buscando así constituir una norma de referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su legislación en la materia. Del preámbulo de la norma se desprende que persigue la adaptación de los principios de la actuación administrativa a nuevas circunstancias sociales que habían surgido en España, como la situación de los menores extranjeros, la de los menores que son víctimas de violencia, y la regulación de determinados derechos y deberes, adaptándose a los compromisos internacionales asumidos.

Otra de sus características es que introduce un nuevo capítulo, bajo la rúbrica de “Deberes del menor”, hablando de sus deberes en general y dentro de los ámbitos familiar, escolar y social, o que garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad o tutela de una víctima de violencia de género o violencia doméstica puedan permanecer con la misma. Establece también un orden de prelación en cuanto a la adopción de medidas que afecten al menor: deben de ser preferidas las medidas estables frente a las temporales; las familiares frente a las residenciales, y las consensuadas frente a las impuestas. Además, para mayor garantía, establece la obligación de las Entidades Públicas de revisar las medidas de protección adoptadas en plazos determinados, y de hacer un seguimiento personal de cada menor.

Con ánimo de ampliar la protección del menor como víctima de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales, un sistema de información gratuito, donde se recogen la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a los condenados en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales, o por trata de seres humanos con fines

de explotación sexual, incluyendo la pornografía.³⁰, y añade como requisito para poder acceder y ejercer una profesión que implique contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por delitos de esta índole.

Por último, establece una descripción más completa de las situaciones de riesgo y de desamparo, que hasta entonces eran conceptos jurídicos indeterminados, mediante la incorporación de lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en esos años.

Por tanto, el concepto de riesgo se describe en el artículo 17 de esta ley, siendo aquella situación en la que, **por las carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo**, sin que se llegue a alcanzar la entidad que motivaría su declaración de situación de desamparo, y la consecuente asunción de la tutela del menor por los poderes públicos, ya que, esta concurrencia de circunstancias o carencias materiales, aunque se considerará indicador de riesgo, nunca podrá motivar la separación del entorno familiar. Como prevé el sexto apartado de este precepto, la situación de riesgo será declarada por la Administración Pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, mediante una **resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores**, tutores, guardadores o acogedores **y del menor** si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Por otro lado, el concepto de situación de desamparo, previamente regulado en el artículo 172 del CC, donde se definía como “aquella que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados

³⁰ Ministerio de Justicia. Soluciones Registro Central de Delincuentes Sexuales. *Administración de Justicia*. Disponible en: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-registro-central-de-delinquentes-sexuales>. Madrid, Ministerio de Justicia, 2024.

de la necesaria asistencia moral o material”³¹, queda ahora más concretado y desarrollado mediante el artículo 18 de esta ley, estableciendo además las circunstancias que la determinan, unificando de criterios para su declaración. El contenido de dicho precepto indica que, cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo según la definición dada en el 172 CC, asumirá la tutela de aquél por ministerio de la ley, y adoptará las medidas de protección necesarias. A modo de añadido, establece una serie de circunstancias en forma de *numerus apertus* que dan lugar al desamparo del menor, cuando estén revestidas de la suficiente gravedad, y, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad ya expuestos, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor. Estas circunstancias son:

a) **El abandono del menor**, bien porque falten las personas a las que corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El **transcurso del plazo de guarda voluntaria**, bien cuando sus responsables legales, encontrándose en condiciones de hacerse cargo del menor, no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo,

c) **El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor**, particularmente cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, o cuando exista un consumo reiterado por parte del menor de sustancias con potencial adictivo de manera reiterada con el conocimiento, o consentimiento de los progenitores³².

³¹ Palomino Díez, I. (2018). “La situación de desamparo del menor y la tutela de la entidad pública. La guarda voluntaria”, en B. Andreu Martínez, (Coord). *Protección Civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, págs. 301-327.

³² Cardona Guash, O. (2018). “Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de

d) El **riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad** debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo u conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores.

e) El **incumplimiento inadecuado ejercicio de los deberes de guarda consecuencia del grave deterioro de las condiciones de vida familiares**, cuando den lugar a circunstancias que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La **inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución**, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

g) La **ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada** al centro educativo durante la escolarización obligatoria.

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

Enjuiciamiento Civil” en F. Lledó Yague (Coord), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la Infancia y la adolescencia*, Dykinson, Madrid, págs. 272-292.

3.2.1.5. *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*

Esta ley modifica una gran cantidad de disposiciones legales, entre ellas la LOPJM, el Código Penal, el Código Civil, la Ley General Penitenciaria, la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) , y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)³³.

Modificaciones de la LOPJM: Introduce cambios en la descripción de los indicadores utilizados a la hora de valorar si un menor se encuentra en situación de riesgo, establece un sistema de garantías que deben cuidar las entidades públicas de protección, cobrando esto mayor importancia respecto de los menores en situación de vulnerabilidad, (como es el caso de los niños que llegan solos a España, o de los niños y adolescentes privados de cuidado parental), y amplía el artículo 20 para regular las condiciones y el procedimiento de solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores procedentes de un Estado miembro de la UE.

Modificaciones del Código Penal: Hay varias modificaciones muy interesantes, como que **se incorpora la edad como causa de discriminación a la regulación de los delitos de odio**. Se extiende el plazo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra menores de edad: empezará a contar a partir de que la víctima haya cumplido los 35 años de edad. Asimismo, **se elimina el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal cuando la víctima sea una persona menor** de 18 años, y se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los condenados por homicidio o asesinato cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o que si la víctima fuera hijo del autor.

³³ Martínez Novo, S. (2021). Novedades legislativas - *Ley Orgánica 8/2021* de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de género. Obtenido de Martínez Novo Abogados: Disponible en: <https://www.martineznovoabogados.com/novedades-legislativas-menores/>.

Por último, **se incrementa la edad a partir de la cual se aplicará el subtipo agravado de delito de lesiones del artículo 148.3, pasando de los 12 a los 14 años**, y se modifica el tipo penal de sustracción de menores del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujetos activos del mismo, tanto el progenitor que conviva habitualmente con el menor, como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias.

Modificaciones del Código Civil: Se modifica el artículo 92 para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, y para asegurar que estén observándose las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. También se **modifica el artículo 158, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad**, de la guarda y custodia o del régimen de visitas y comunicaciones, con el objetivo de poder apartar al menor de un peligro del que pueda ser objeto.

Modificaciones de la LECrim: Se modifica el artículo 261, estableciendo una **excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar, siendo así obligatorio para el cónyuge y familiares cercanos denunciar al autor del hecho delictivo contra una persona menor de edad**. Se regula de forma sistemática la prueba preconstituida y se modifica la regulación de las medidas cautelares con carácter penal y de naturaleza civil que pueden adoptarse durante un proceso penal: **será obligatoria la prueba preconstituida cuando el testigo sea menor de 14 años** o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

En estos supuestos, la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar **motivadamente** la declaración del menor en el juicio oral cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario, con el fin de garantizar el derecho de defensa y **evitar la revictimización del menor**, ya que así no tendrá que asistir al acto del juicio.

Modificaciones de la Ley General penitenciaria: Se crean **programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia sobre menores buscando evitar la reincidencia**, así como el seguimiento de los mismos para la concesión de permisos y la libertad condicional.

Modificaciones a la LIVG³⁴: La disposición final décima modifica el apartado cuarto de su artículo 1, para hacer constar que **la violencia de género a que se refiere dicha ley también comprende la violencia que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se pueda ejercer sobre sus familiares menores de edad.**

Contenido específico de la LOPIVI:³⁵

El objetivo de esta norma es combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una perspectiva integral, centrándose en la prevención, y en establecer medidas de detección precoz, asistencia, y reintegración de derechos vulnerados de la víctima. La ley busca garantizar los derechos fundamentales de los menores a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, para garantizar el libre desarrollo de la personalidad durante la infancia y adolescencia.

Una de sus características es que desarrolla los conceptos de violencia y buen trato: Así, por violencia se entenderá, a tenor del artículo 1.2, **toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar,**

³⁴ BOE-A-2004-21760 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004, 28 diciembre). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>.

³⁵ Citado de la web de *Noticias Jurídicas* (2021). Claves de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.

que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, pudiendo presentarse como **maltrato físico, psicológico o emocional, castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente**, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la **presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar**.

Por buen trato se entenderá el que promueva activamente el **respeto mutuo, la dignidad del ser humano, la convivencia democrática, la solución pacífica de conflictos**, la igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes

Dado que la finalidad perseguida por esta ley es dar prioridad a las actuaciones de carácter preventivo, favoreciendo la necesaria cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas, **crea la Conferencia Sectorial de la Infancia y de la Adolescencia**, un órgano de cooperación entre la Administración estatal, autonómica y local para llegar a la máxima coherencia e integración en cuanto a la aplicación de las decisiones que se adopten en la materia.³⁶

Por último, también regula un **deber genérico de comunicación de las situaciones de violencia para toda la ciudadanía** (que deberá comunicar de forma inmediata a la autoridad correspondiente la existencia de indicios de violencia sobre menores), **y un deber de comunicación cualificado** que se impone a quienes por su cargo, profesión o actividad tengan encomendada la asistencia de menores de edad.

³⁶ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. *Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. Juventud e Infancia*. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2024.

3.2.2 **Ámbito internacional y comunitario**

En el ámbito internacional, la protección de los derechos de la infancia se basa en una serie de tratados que establecen principios de actuación para los Estados.

El instrumento más relevante en esta materia será la CDN, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre del año 1989, entrando en vigor en septiembre de 1990, y posteriormente ratificada por España en el año 1990. Los estados firmantes llegaron al acuerdo de que debían existir leyes que reconocieran y protegieran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que la convención incorpora todo el conjunto de Derechos Humanos, civiles, políticos, sociales y culturales de los menores en un único documento, **definiendo en su artículo 1 como niño a cualquier persona menor de 18 años**, y es un verdadero catálogo de derechos del menor.

Algunos preceptos relevantes para este trabajo están contenidos en el artículo 18 y 19, que establecen que los progenitores del niño tienen la responsabilidad primordial en su educación y desarrollo vital, y, en forma de mandato hacia los poderes públicos de cada estado, indica que estos deben tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para la protección del niño frente a todas las formas de violencia, daño, abuso, negligencia, maltrato o explotación mental o física, en resumen, obliga a los Estados a asegurar su protección, educación y bienestar, además de prevenir cualquier forma de violencia o explotación.

Sobre la ya mencionada CDN, España ha cumplido con sus requisitos al presentar de forma periódica informes sobre la aplicación de la misma, detallando los avances y las complicaciones que se han tenido al implementar los derechos de los menores en el ámbito nacional³⁷.

Asimismo, existen otros tratados relevantes ratificados por España y promovidos por organismos internacionales como Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de Derecho

³⁷ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *V y VI informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño de NN.UU. y sus protocolos facultativos*. España: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016.

Internacional Privado. Estos tratados versan sobre cuestiones relativas a la infancia, por ejemplo, la erradicación del trabajo infantil, la protección contra la sustracción de menores, la lucha constante contra la trata y la explotación sexual, o la materia de adopción internacional. Destacarían así el **Convenio 182 de la OIT** sobre las formas de trabajo infantil, de 1999, y el **Convenio de La Haya de 1993**, que regula la protección del niño y la cooperación internacional en materia de adopción, suponiendo una parte esencial del marco internacional en la defensa de los derechos de los menores en España.

Veremos también el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, conocido coloquialmente como el Convenio de Estambul, que fue ratificado por nuestro país en 2014. Este tratado, aunque principalmente versa sobre la materia de protección contra la violencia de género, también regula tangencialmente cuestiones relevantes en materia de protección de menores. Por ejemplo, da a los menores el reconocimiento de víctimas indirectas de la violencia doméstica cuando han sido testigos de actos violentos en el ámbito familiar³⁸.

El precepto contenido en su artículo 26 establece la necesidad de proveer apoyo psicológico a los menores en situación de violencia, y en su artículo 31 se regula la custodia de los hijos y el régimen de visitas, dándole gran importancia a la consideración de antecedentes de violencia para proteger a los menores cuando haya que tomar medidas o decisiones judiciales.

La normativa comunitaria también tiene un papel significativo en la regulación y consolidación del sistema de protección al menor, ya que España, como estado miembro de la Unión Europea, debe cumplir con las disposiciones comunitarias,

³⁸ BOE-A-2014-5947 Instrumento de ratificación del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (2011, 11 mayo). Disponible en línea: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947.

incluir dentro de su derecho interno todas las normas que hayan sido objeto de transposición, y tener en cuenta las resoluciones y recomendaciones de los variados organismos comunitarios. Ambas normativas, la internacional y la comunitaria, vienen a complementar el marco jurídico nacional sobre protección de menores, y siempre deben inspirar las normas españolas y motivarlas para que evolucionen según las necesidades sociales del momento. Además, España ha formado parte de la Sesión Especial de Naciones Unidas sobre Infancia (2002), el Compromiso de Yokohama (2001) y el Plan de Acción de Río de Janeiro (2008), instrumentos que sirvieron para desarrollar la protección frente a la explotación y abuso infantil.

3.2.3 Ámbito autonómico

La CE de 1978 establece un sistema de competencias en el cual las Comunidades Autónomas tienen potestad en materia de asistencia social, incluyendo la protección de menores. En virtud del artículo 148.1.20, se les concede la capacidad de legislar sobre estas áreas, lo que ha permitido a cada Comunidad crear normativa específica adaptada a las particularidades de su entorno. Este enfoque posibilita la existencia de una red de protección a menores estructurada y diversa en el ámbito autonómico, que complementa la legislación estatal con leyes autonómicas ajustadas a las necesidades regionales.

La distribución de competencias en España sigue el modelo germánico o de “doble lista”, ya que la CE enumera las competencias exclusivas del Estado en el artículo 149, y aquellas que pueden ser ejercidas por las CCAA en el artículo 148. Así, las Comunidades pueden desarrollar su normativa en ciertos ámbitos, siempre y cuando el Estado no tenga competencia exclusiva. Cualquier ampliación de facultades autonómicas fuera de estos límites requiere la aplicación de leyes orgánicas que regulen la transferencia y delegación, según el artículo 150.2 de la CE.

La estructura legislativa autonómica en esta materia es diversa, reflejando en cada comunidad un enfoque diferente basado en sus estatutos de autonomía y en las competencias reconocidas. Mientras algunas comunidades, como Cataluña, han asumido competencias más específicas en protección de menores, otras abordan esta materia bajo el marco general de la “asistencia social”³⁹.

La LOPIVI ha supuesto un avance fundamental a nivel estatal en la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, impulsando la prevención y la respuesta integral ante situaciones de violencia contra menores. Su enfoque no se limita al ámbito administrativo, sino que extiende sus principios y mecanismos de protección a toda la sociedad, promoviendo la prevención y socialización, y priorizando una aproximación en la que se evite la revictimización de los menores afectados. Esta ley destaca por ser una de las primeras de su tipo en Europa, orientada a proteger de manera integral los derechos físicos, psicológicos y morales de los menores⁴⁰.

Cada Comunidad Autónoma ha desarrollado su propio marco normativo, incluyendo leyes específicas de protección de menores, como la Ley 14/2010 en Cataluña y la Ley 1/1995 en Asturias, entre otras. Estas leyes reflejan una evolución progresiva en la protección de menores, que abarca desde la asistencia social hasta la garantía de derechos específicos y la integración de medidas preventivas y de rehabilitación para casos de vulneración de derechos. No obstante, cabe señalar que algunas de estas leyes preceden LOPIVI y, por tanto, no incorporan todas sus disposiciones, ni los estándares internacionales actuales.

³⁹ Monereo Pérez, J. (2009). Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales. *Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y bienestar social*, nº 100, págs. 295-328. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3082285.pdf>.

⁴⁰ Citado de la web de Plataforma de Infancia (2016). *Informe de progreso sobre la protección infantil en España*. Recuperado de <https://plataformadeinfancia.org>.

4. LA VIOLENCIA DENTRO DEL ÁMBITO DOMÉSTICO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL MENOR

4.1 MANIFESTACIONES DE LOS MALOS TRATOS

A pesar de los deberes que conlleva la patria potestad, y los mandatos contenidos en la regulación expuesta, que pretenden proteger a los hijos menores dentro de la familia, el menor, en muchos casos, es víctima de maltrato por parte de sus progenitores. Cuando en el ámbito doméstico se desarrollan conductas de maltrato hacia el menor, sus efectos sobre el mismo son extremadamente negativos, precisamente por la situación de vulnerabilidad y dependencia, física, psicológica, emocional, o incluso para el ejercicio de sus derechos, en la que se encuentra. Las conductas violentas pueden perpetrarse a través de varios tipos de maltrato:

- Maltrato **físico**, mediante cualquier acción no accidental, que provoque daño físico o enfermedad en el niño, pudiendo traducirse en lesiones cutáneas (quemaduras, hematomas, heridas), oculares, esqueléticas (rotura de los huesos largos, costillas, cráneo), viscerales (hígado, bazo, riñón), o neuroquirúrgicas.
- Maltrato **emocional**, ejercer una hostilidad verbal en forma de insulto, burla, desprecio, crítica o amenaza de abandono.
- Abuso **sexual**: realizar cualquier acto que vulnere su libertad e indemnidad sexuales.
- **Negligencia**, cuya mayor expresión es el abandono, que puede ser físico, donde el progenitor incumple sus necesidades físicas de forma permanente, o emocional, cuando se ignoran de forma continuada y crónica las señales de llanto, o risa, expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad iniciadas por él.

4.2 CONSECUENCIAS DE LOS MALOS TRATOS EN EL MENOR

La violencia en el hogar es un factor causante de deterioro en el desarrollo psicológico y emocional del menor, y el origen de dificultades sociales y cognitivas que este puede experimentar. Las características que presenta un niño que es objeto de violencia doméstica⁴¹ son: baja autoestima, alto grado de inseguridad, sensación de pérdida emocional. Suelen recurrir a llamadas de atención, teniendo una gran agresividad no canalizada, de carácter interno. Su motivación es muy cambiante y sufren baja tolerancia a la frustración, desconfianza hacia el entorno y gran necesidad de aprobación externa.

En el ámbito académico, pueden presentar absentismo escolar grave, dificultad en el mantenimiento de la atención y concentración, poca calidad de pensamiento lógico, y razonamiento pobre, además de sufrir problemas de retención y memorización de la información.

También sufren diversos problemas de conducta, por su impulsividad y agresividad. Son más propensos al consumo de alcohol o drogas, así como a la delincuencia, destructividad, y a tener conductas sociales desadaptadas, por mostrar actitudes agresivas, disruptivas, de rebeldía, o, por otro lado, timidez, miedo, ansiedad, aislamiento, sentimientos de maldad, depresión), baja autoestima y aislamiento, algunas veces llevando al suicidio. Al crecer experimentando violencia constante, creen en la violencia en las relaciones, tienen baja empatía, y son propensos a la transmisión intergeneracional de la violencia.

⁴¹ Zaitegui De Miguel, N. (1995). *Trabajando en la prevención del maltrato*, Vitoria-Gasteiz, págs. 60-63.

5. ANÁLISIS DE LA PREVISIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal no dedica un título específico para abordar la violencia familiar ni la violencia de género, ya que estas provocan distintos resultados (pudiendo ser de muerte, lesiones o amenazas), que afectan, respectivamente, a bienes jurídicos diferentes. En la Ley Penal, los delitos relativos al maltrato físico, psíquico y habitual, se contemplan en los artículos 153 y 173.2, pero no de forma individual, sino que comparten protagonismo el delito de violencia de género (o, si podemos denominarlo así, el tipo agravado por violencia de género, que a continuación explicaremos), y el delito de violencia doméstica.

En relación con estas dos situaciones, en las últimas décadas ha habido una evolución en la legislación mediante la cual se pasa de tener una comprensión del maltrato de la esposa y los hijos como un asunto familiar, interno y privado, a su consideración como un fenómeno grave a perseguir penalmente, incluso con pena agravada⁴².

Antes de analizar ambos preceptos, es importante establecer con claridad la diferencia entre la violencia de género y la violencia familiar: en la violencia familiar, los hechos violentos se cometen en un contexto concreto, esto es, dentro de las relaciones familiares, y por ello, cualquier miembro o integrante de ese entorno puede ser el sujeto activo o pasivo del delito, no siendo así en los supuestos de violencia de género, donde el sujeto activo es el hombre, y el sujeto pasivo la mujer, añadiendo también que el acto delictivo debe tener una motivación concreta que esté basada en una ideología machista, de poder o dominancia, del hombre sobre la mujer con la que mantiene una relación de afectividad.

⁴² Muñoz Conde, F. (2020). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 211-215.

5.1 EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL

El primero de estos artículos, el precepto 153, encuentra su ubicación sistemática en el Título III del Libro II del CP, “De las lesiones”. Se le dio una nueva redacción en el año 2004, que permitió elevar las penas en los casos en que, dentro de la relación de pareja, el varón fuera el agresor y la mujer, la víctima del delito.

La introducción de este nuevo tenor suscitó cierta polémica y debate sobre si se estaba vulnerando el principio de igualdad y no discriminación entre los españoles formulado en el artículo 14 CE, e inclusive el derecho a la presunción de inocencia, cuestión que resolvió el Tribunal Constitucional, avalando su adecuación al marco constitucional en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo⁴³, que basa su argumentación en que **no es el sexo en sí de los sujetos lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos por el ámbito relacional donde se producen, y el significado objetivo que adquieren** al ser manifestación de una arraigada desigualdad.

Por esto, la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo o de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología, sino que **es mayor por ser los hechos más graves al constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad**, ya que el autor inserta su conducta en una pauta cultural y dota a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa. Del fallo se desprende la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad presentada, referida a la redacción que la LIVG dio al artículo 153.1 CP, y desestimando la cuestión en todo lo demás, aunque esto no fue una decisión pacífica, dada la existencia de dos votos particulares en contra de lo resuelto, que se esgrimieron por los magistrados del Pleno Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y Ramón Rodríguez Arribas.

⁴³ Tribunal Constitucional Español (Sala Primera). Sentencia 59/2008, de 14 de mayo.

El precepto contiene dos modalidades, que se diferencian en función del sujeto pasivo, un subtipo agravado, y un subtipo privilegiado.

Es importante, para su interpretación, el desglose del artículo 153 CP en los dos primeros apartados, ya que, aunque estos se basan en la misma conducta típica, no ocurre así con el sujeto pasivo o víctima, ni con la consecuencia jurídica prevista para cada uno.

Para realizar el análisis del tipo delictivo, hablaremos en el siguiente orden de **la conducta** (*parte objetiva y parte subjetiva del tipo*); **los sujetos de la conducta típica** (*el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado*); finalmente los **objetos** (*el bien jurídico y los objetos del delito*).

También analizaremos el tipo previsto en el 173.2 CP siguiendo la misma estructura de la norma, añadiendo, además, una valoración respecto a la consecuencia jurídica.

5.1.1 La conducta típica

5.1.1.1. Tipo objetivo

Ambas previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 153 castigan la misma conducta: el causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, **menoscabo psíquico**, una **lesión menos grave** de las previstas en el artículo 147.2 del Código Penal (es decir, una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental de la víctima, pero que no requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico), o en **golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión**, tenor que, a su vez, coincide con el del artículo 147.3 del Código Penal.

5.1.1.2. Tipo subjetivo

En cuanto a la necesidad de que el delito se perpetre mediando dolo, el precepto, como hemos visto, observa distintas modalidades de acción. Y aunque cada una de estas modalidades manifiesta peculiaridades propias, ninguna de ellas requiere de un dolo específico, ni de ningún especial elemento subjetivo del injusto⁴⁴.

Por tanto, el tipo penal que prevé el 153 CP no es un delito que exija un específico propósito de lesionar, sino simplemente un dolo de conocer y querer los elementos del tipo objetivo: la acción misma de maltratar.

También, teniendo en cuenta que el evidente trato penal desigual entre sujetos activos del delito, dentro de una relación de afectividad, ante la misma conducta típica, se justifica por la existencia de un **elemento cultural y estructural que se ha venido dando históricamente de dominancia del varón o situación de inferioridad de la mujer**, se ha cuestionado si la conducta típica del delito previsto en el 153.1 CP requiere de una especial motivación machista, pues a su vez, el primer apartado del artículo 1 de la L.O. 1/2004, indica que, desde el ordenamiento jurídico, se pretende actuar contra la violencia que es manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Dicha polémica surge a la hora de considerar si el ánimo de dominación o machismo al que alude este apartado del precepto, es tan solo una declaración de intenciones acerca de lo que constituye la violencia de género, o bien, es una descripción de los elementos que la caracterizan, con lo cual se integraría como elemento del delito en la conformación del tipo penal del 153.1 CP.

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 180/2024, de 28 de febrero, Fjº2.

La jurisprudencia ha sido variada, pero es especialmente relevante **la sentencia 4353/2018, de 20 de diciembre**⁴⁵, que analizó el tipo subjetivo del delito con motivo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la Sala, que indicaba que no se precisaba ninguna motivación específica de dominación o un ambiente machista para poder aplicar dicho precepto penal.

Entre los argumentos más destacados sobre esta postura se encuentran que, primero, añadir el propósito o intención del autor al acto equivaldría a descontextualizar o desnaturalizar la tutela penal contra la violencia de género; segundo, que la STS 807/2010, de 30 de septiembre, afirma la indiferencia del móvil del autor en la aplicación del art. 153 del CP ya que sostuvo que, acreditada la convivencia y el acto de violencia, a efectos legales resulta por completo indiferente la naturaleza de la motivación; tercero, que sólo si consta o hay evidencias de que el episodio de violencia es totalmente ajeno a esa concepción, no habría base para la diferenciación penológica y habría que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no represente un título de agravación penológica; y cuarto, que el legislador en modo alguno quiso añadir una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara esa especial intención de dominación del hombre sobre la mujer, en el tipo penal objeto de análisis.

En los fundamentos de Derecho, la Sala indica que los pronunciamientos en esta materia han girado en torno a tres vías: la primera, considerar que la mención que hace el artículo 1 de la LIVG solo es una **mera referencia a un elemento que no se valora como prueba en juicio**, sino que es una reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género; la segunda, considerar **que ese artículo se incorpora al derecho positivo**, y que la concurrencia del elemento de dominación o machismo debe, por ello, ser objeto de prueba por la acusación; y la tercera, considerar **que se debe permitir al acusado acreditar que en la comisión del hecho no concurrió ese ánimo**, y que la conducta queda al margen de la relación de pareja o, mejor dicho, de un intento de dominar a la pareja, siendo esta la tesis que ha prosperado.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 4353/2018, de 20 de diciembre.

Por tanto, en las conclusiones de la resolución, **la Sala establece finalmente que el ánimo de dominación o machismo en la prueba práctica no se exige**, ya que ambos apartados del precepto 153 no incluyen, ni exigen entre sus elementos, una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer.

5.1.2 Sujetos de la conducta típica

5.1.2.1. Dentro del 153.1 CP

En el apartado primero se encuentra el tipo básico destinado a proteger especialmente a la mujer víctima de violencia de género, del que se desprende claramente que el sujeto activo ha de ser el esposo u hombre que esté o haya estado ligado a la víctima por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, por lo que estamos ante un delito especial, ya que exige en el sujeto activo una característica que solo una persona puede poseer. Además, es indiferente que los sujetos del delito hayan convivido mucho, poco, o nada, ya que lo único que se requiere es la existencia actual o pasada de una relación matrimonial o afectiva, y el sujeto pasivo ha de ser la esposa, o mujer que haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o bien, una persona especialmente vulnerable, pero en este caso sí se exige que haya una convivencia actual con el autor.

5.1.2.2. Dentro del 153.2 CP

En el apartado segundo, el sujeto activo podrá ser cualquiera de los integrantes del ámbito familiar, remitiéndose al artículo 173.2 del CP a la hora de realizar la enumeración (que además resulta algo confusa) de las personas que pueden ser sujetos pasivos, esto es: quien sea o haya sido cónyuge del autor o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad **aun sin convivencia**, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección **que con él convivan** o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente,

o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que, por su especial vulnerabilidad, se hallen sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. El tenor del artículo indica, a su vez, que el sujeto pasivo no podrá ser ninguna de las personas aludidas en el 153.1 (esto es, la que sea o hubiera sido esposa del autor o mujer que haya estado unida por una relación de análoga afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que con él conviva).

5.1.3 Objetos del delito

5.1.3.1. El bien jurídico protegido

La ubicación sistemática que se le ha dado a este delito, dentro del Título III del Libro II del CP, dedicado a los delitos de lesiones, ha suscitado interpretaciones erróneas sobre cuál es ese bien jurídico protegido: pese a dicha sistemática, el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (establecido por el artículo 15 CE), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39 CE, que ya hemos mencionado con anterioridad).

5.1.4 Consecuencia jurídica

En el primer apartado del precepto, las penas que se prevén son de **prisión de seis meses a un año**, o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Según Carlos Suárez Mira Rodríguez⁴⁶, es correcta la alternatividad establecida entre la pena de prisión y la de trabajos en beneficio de la comunidad, porque habrá que valorar la personalidad del culpable, la naturaleza del hecho, y otra serie de circunstancias. En cuanto a la pena privativa de derechos, consistente en la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento, será de aplicación cuando el delito haya afectado a personas sometidas a alguna de estas relaciones jurídicas, pero no en caso contrario.

En el segundo apartado del precepto, las penas que se prevén se reducen, de forma que se establece una pena de prisión de **tres meses a un año** o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Como vemos, se contiene un tipo subsidiario respecto del regulado en el primer apartado, donde la conducta típica es idéntica, la pena de prisión se reduce de 3 meses a 1 año, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se mantiene de 31 a 80 días, al igual que la pena de privación de derechos relativa a la tenencia y porte de armas.

Por último, cabe analizar también los apartados tercero y cuarto del artículo, que se refieren, respectivamente, a un supuesto de agravación de la pena y a un subtipo privilegiado.

⁴⁶ Suárez-Mira Rodríguez, C. (2020). *Manual de Derecho penal*. Thomson Reuters, Madrid, págs 168-172.

5.1.4.1. *Agravaciones de la pena*

El 153.3 nos indica que las anteriores penas se aplicarán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que el delito se perpetre en presencia de menores: La agravación de la pena por esta circunstancia se justifica en que los hijos de la pareja suelen estar presentes en este tipo de delitos y esto puede conllevar un impacto emocional grave en ellos. Sin embargo, para observar esta circunstancia agravante, es necesario que la presencia del menor no haya sido casual, debe poder apreciarse que el autor de los hechos ha querido y conocido la presencia del menor, mediando dolo directo, o bien que no se ha preocupado de la presencia o ausencia del menor en el escenario de los hechos, mediando un dolo eventual, donde el autor acepta y no le importa la posibilidad de que el menor presencie o no la realización del hecho delictivo. Siguiendo este planteamiento, no debe apreciarse el agravante si el autor ha tratado de evitar la presencia de su hijo por medios objetivamente eficaces. Tampoco se aplicaría cuando el menor es la víctima del hecho delictivo, para cumplir con el principio jurídico de *non bis in idem* (de lo contrario, esta circunstancia conformaría tanto el delito como el agravante).

Que el delito se perpetre utilizando armas: Por armas debe entenderse cualquier instrumento susceptible de causar daños físicos a la víctima, descartando por ello las que sean simuladas.

Que el delito tenga lugar en el domicilio común (para resultar aplicable esta circunstancia agravante, los sujetos del delito deben estar conviviendo, ya que si estuviesen separados no habría ningún domicilio común, pues no ha de entenderse el término domicilio en el sentido administrativo del término, sino como lugar de convivencia habitual de la pareja), o en el domicilio de la víctima (esto agrava la pena precisamente por la situación de separación de la víctima y el agresor, ya que cada uno tendría un domicilio).

Que el delito se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza: Las penas a las que alude el artículo 48 están relacionadas con anteriores hechos de maltrato en el ámbito familiar, y son: la privación del derecho a residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

Por último, en el cuarto apartado del artículo 153, se contiene un **subtipo privilegiado que es de aplicación en casos de menor gravedad**, debiendo atender el juez a las circunstancias personales del autor del hecho o las circunstancias del propio acto delictivo, permitiéndose la imposición de la pena inferior en grado.

5.2. EL ARTÍCULO 173.2 DEL CÓDIGO PENAL

La ubicación sistemática del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar se encuentra en el Título VII, del Libro II del CP, bajo la rúbrica de “Delitos contra la integridad moral”, en el artículo 173.2.

5.2.1 La conducta típica

5.2.1.1 Tipo objetivo

La conducta típica a cumplir será la ejecución de actos de violencia física o psíquica, perpetrados de forma habitual, que desde la perspectiva de su conjunto generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima⁴⁷. No se trata de un delito de lesiones, ya que éstas no tienen por qué producirse, sino que se perpetra a través de la reiteración de conductas de violencia física y psíquica sobre las personas a las que alude el precepto: esto se valora con independencia de la consideración típica que merezcan esos actos violentos como hechos aislados: lo importante es que se cree, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima sistemático de maltrato.

Así, la conducta típica consistirá en ejercer de forma asidua actos de violencia física o psíquica sobre los sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasi familiar con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente, bien a través de medios de acción material (en la violencia física), o de acción moral (en la violencia psicológica), consiguiendo generar una subyugación psicológica en la o las víctimas mediante el desempeño de conductas violentas.⁴⁸

Cabe analizar qué se entiende por violencia física y qué por violencia psicológica: la mayoría de la doctrina considera como violencia física el ejercicio de una fuerza física o **acometimiento material sobre el cuerpo del agredido, sin que sea necesario el**

⁴⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 247/2018, de 24 de mayo.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 2/2021, de 13 de enero.

efectivo menoscabo de su integridad física o su salud, y como violencia psíquica el **acometimiento que no implique contacto corporal directo que se dirija a someter al sujeto pasivo a un continuo estado de agresión moral, dominación, o intimidación**, dañando al núcleo familiar, y pudiendo este consistir en vejaciones, humillaciones e insultos reiterados, menosprecios, o privaciones de libertad que suponen un tormento y dan lugar a tortura psicológica⁴⁹.

Como hemos visto con anterioridad, los actos en los que se concreta o manifiesta la violencia, a efectos de este tipo delictivo, solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y, por ello, ni el anterior enjuiciamiento de los mismos impide apreciar la existencia de este delito, ni tampoco se precisa tal enjuiciamiento, basta con comprobar la realidad de la situación que se denuncia.

5.2.1.2. El elemento de habitualidad

Es un elemento característico del artículo 173.2, pero debemos analizar en profundidad qué significa, a la hora de interpretar el precepto penal, esa habitualidad.

El tercer apartado del artículo 173 ofrece un concepto legal de la misma, y dispone que, para apreciarla, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, a la proximidad temporal de los mismos, independientemente de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de entre las comprendidas en el artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, o bien aisladamente sean considerados solo constitutivos de falta. La habitualidad en el maltrato va a determinar un plus de reprochabilidad penal, se considera que la reiteración de las conductas violentas es lo que dota al delito de maltrato habitual de una auténtica autonomía frente a los actos individuales en los que se manifiesta dicha violencia.

⁴⁹ Amigo Rodríguez, A. (2020). “Violencia doméstica habitual sobre menores”. *Diario La Ley*, nº 9704. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx#>.

El contenido de este tercer apartado se mantiene inalterado desde su redacción de 1995, pero el profundo debate jurisprudencial que ha ocasionado la misma, ha hecho que el concepto que se le da evolucione de forma relevante: en una primera fase, ya prácticamente superada, la jurisprudencia trataba de acreditar un mínimo de actos violentos para considerar la presencia del elemento de habitualidad⁵⁰, mediante su comparación con la habitualidad descrita en otros preceptos del CP, como la del artículo 94, que la fija numéricamente en la comisión de más de dos actos violentos; es decir, se apreciaba la habitualidad a partir de la tercera acción violenta.

A pesar de esto, en la actualidad, la jurisprudencia del TS se ha apartado de la concepción numérica de habitualidad, considerando que lo relevante no sería el número de actos violentos producidos, sino la permanencia del trato violento. Esta interpretación responde a un concepto criminológico-social, más que jurídico-formal, de la habitualidad.

Por tanto, la habitualidad no se debería medir por la simple reiteración de actos violentos típicos, o el cómputo de un número determinado de acciones típicas producidas, sino porque se haya producido un **efecto duradero de maltrato, un ambiente infernal e irrespirable que envuelva la convivencia**. Así, los actos de violencia repetidos en el tiempo sobre la víctima deben haber producido un **clima de intimidación** tal que hayan generado una **situación de dominio o de poder sobre la misma**, capaz de anular su voluntad e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos, características que constituyen una especial crueldad en la conducta, puesto que el autor ejerce un maltrato prolongado en el círculo de su propio hogar familiar, y que aunque se desdobra en actos aislados que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, al reiterarse, provocan un doble daño a las víctimas, que se

⁵⁰ Cano Paños, M. (2015). Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos, en L. Morillas Cueva (Coord.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, págs. 413-432.

encuentran sumidas en un estado de miedo constante, bajo la percepción de que no pueden salir de ese ambiente de dominación, lo cual provoca que, el hecho de no denunciar los actos violentos, se prolongue en el tiempo.

Es importante recalcar que no se excluye que los actos que, de por sí, sean constitutivos de otros delitos y que ya hayan sido juzgados, puedan ser utilizados para valorar por parte del juzgador, si concurre el elemento de habitualidad que menciona el precepto, lo cual ha generado también un debate doctrinal sobre si esta circunstancia podría suponer una violación la prohibición del *non bis in idem*, ya que el contenido del injusto parece centrarse en la personalidad del sujeto y no en los hechos cometidos: en realidad, no se enjuician de nuevo los hechos, sino que, a través de esta disposición, la voluntad del legislador es facilitar la prueba que acredite la existencia de habitualidad.

El Tribunal Supremo toma parte de este debate jurisprudencial en la sentencia 684/2021⁵¹, e indica que el contenido del precepto no vulnera dicho principio, al tratarse de una manifestación autónoma que el propio texto penal considera de forma independiente a cada una de las formas en las que se manifiesta la actitud violenta, y además sienta jurisprudencia sobre que será conducta habitual, **la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, conforman prueba de aquella, aunque no son la única vía para su acreditación.**

También ha generado un debate doctrinal el hecho de que el maltrato habitual da lugar a la existencia de un solo delito a pesar de que ese clima habitual de violencia pueda afectar a varios de los sujetos pasivos que conforman el núcleo familiar, en el sentido de que, dentro del mismo ámbito de convivencia familiar, los actos violentos perpetrados sobre los diferentes sujetos que conforman el núcleo, se proyectan sobre los demás al crearse una atmósfera de agresión permanente, que lesiona la integridad moral de todos los sujetos pasivos. Se establece que la pluralidad de sujetos afectados

⁵¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 684/2021, de 15 de septiembre.

no transforma la naturaleza unitaria del tipo penal en tantos delitos de violencia habitual como víctimas del clima habitual de violencia creada por el autor hubiese, pero que el número de personas afectadas por la creación de un clima de dominación duradero en el tiempo, sí servirá como parámetro para evaluar la antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable a la hora de la individualización de la pena a imponer, así como la naturaleza concreta de cada comportamiento, o el daño que haya podido producir a los demás integrantes del núcleo familiar.

5.2.1.3. Tipo subjetivo

Este tipo penal se trata de un delito doloso que comprende todos los elementos del tipo objetivo de cada acto producido, sin ser necesario que abarque la habitualidad, ni tampoco que exista un dolo global en el sentido de que el autor quisiera, desde el comienzo, la totalidad de los actos individuales que constituyen manifestación de la violencia habitual.

También puede existir dolo eventual en aquellos supuestos donde la agresión se produce sobre una persona del núcleo familiar en presencia de otras que también pertenecen a él, admitiendo o aceptando el riesgo de lesión de la integridad moral de estos. Asimismo, este tipo penal puede cometerse por dolo directo cuando los actos violentos se realicen indistintamente sobre todos los integrantes del núcleo familiar con la intención de someterlos, y creando un clima de dominación y agresión permanente, siendo indiferente que la violencia se haya producido contra unos u otros.

En cuanto a la participación, puede existir la autoría mediata así como la inmediata, y específicamente en el caso de la violencia doméstica sobre los hijos menores, esta puede ejercerse por ambos progenitores o bien solo uno de ellos, mientras el otro tiene conocimiento de lo que está ocurriendo y no evita la agresión. Esto daría lugar a un supuesto de coautoría de comisión por omisión previsto en el artículo 11 del Código Penal, ya que los progenitores están revestidos de la **posición de garantes** que se deriva de la patria potestad o guarda de los menores.

La sentencia del Tribunal Supremo 870/2014, de 18 de diciembre, trata esta cuestión e indica que, con motivo de esta posición de garantes, los progenitores tienen obligación de actuar por mandato legal para evitar el resultado lesivo sobre los menores, por lo que, cuando se tiene la capacidad para actuar y no se actúa, infringiendo ese deber jurídico especial, se está contribuyendo a la producción del resultado⁵².

5.2.2 Los sujetos de la conducta típica

En principio, cualquier persona puede ser sujeto activo y sujeto pasivo de este tipo penal, mientras estén vinculados al agresor o a las víctimas por alguna de las relaciones familiares típicas. A diferencia del tipo penal previsto en el artículo 153 del Código Penal, ya analizado, en este precepto no se prevé un tratamiento diferenciado para los supuestos de violencia de género, al mencionar, en general, a quien sea o haya sido cónyuge del autor o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia: la consecuencia jurídica se aplica de igual forma, con independencia del sexo del agresor y del de la víctima, o de la existencia o no de motivaciones machistas.

Además de los posibles sujetos pasivos ya mencionados, del artículo 173.2 se desprende también la enumeración de otros variados sujetos pasivos que pueden ser víctima de este delito, pudiendo ser también los descendientes, ascendientes, los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, cualquier persona amparada en otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, o personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

⁵²Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 870/2014, de 18 de diciembre.

Es decir, el delito de maltrato habitual puede ejercerse sobre todos los sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasi familiar con los que se convive o con los que concurre una vinculación personal persistente. Esta enorme extensión del círculo de posibles víctimas del delito de maltrato habitual puede limitarse si se exige que el sujeto activo se encuentre respecto a ellos en una situación de dominio o abuso⁵³.

5.2.3 Objetos

5.2.3.1. *El bien jurídico protegido*

Sobre cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal se han sostenido varias teorías: en un primer momento se teorizó si el bien jurídico protegido sería la salud, pero no es necesario que esta se vea comprometida al ejercerse la acción típica, por lo que se llega a la conclusión de que es la **dignidad personal**, que se ve vulnerada a través del ataque físico o psíquico que ejerce sobre la víctima una persona a la que está unida mediante un vínculo afectivo (aunque esta afirmación de que se trata de proteger la dignidad personal se ha venido reconduciendo hacia la integridad moral). Sin embargo, El Tribunal Supremo sostiene, en la ya mencionada resolución 684/2021, que lo que se pretende proteger mediante la tipificación penal del maltrato habitual es la **pacífica convivencia entre personas vinculadas por los lazos familiares** u otras relaciones afectivas que también aparecen mencionadas en el artículo, y que también lo es la **integridad moral** de la víctima, menoscabada por los actos que, evaluados en su conjunto, generan esa situación de poder sobre ella afectando gravemente su dignidad y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en la convivencia familiar, en sentido amplio⁵⁴.

⁵³ Muñoz Conde, F. (2020). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 222

⁵⁴ Martín de Espinosa Ceballos, E. (2022). “Lecciones de Derecho penal. Parte especial”. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 134.

5.2.4 la consecuencia jurídica prevista

Como respuesta penal ante la conducta típica, se establece la pena de prisión de 6 meses a 3 años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de 1 a 5 años, esto únicamente cuando el juez o tribunal lo estime adecuado para el interés del menor, y con carácter potestativo, se prevé la posibilidad de imponer, además, una medida de libertad vigilada.

5.2.4.1. Agravaciones de la pena

Siguiendo la línea de los artículos 153, 171 y 172, también se añaden las agravaciones de la pena en el segundo párrafo del 173.2 CP, indicando que se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores (esto es, personas con edad biológica inferior a 18 años, sin ser necesario que sean hijos de uno o ambos cónyuges), utilizando armas (entendiendo el concepto de armas en sentido estricto), que hayan sido realizados en el domicilio común o el domicilio de la víctima, o bien quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal (cuyo contenido ya hemos analizado, y al cual nos remitiremos), o una medida cautelar, de seguridad, o de prohibición, de la misma naturaleza.

Posibilidad de concurso penal con otros delitos

El tipo penal del artículo 173.2 es compatible con la sanción separada de los delitos derivados de los distintos hechos violentos constitutivos de maltrato habitual que se hayan ejercido sobre la víctima, por el hecho de que afectan a bienes jurídicos distintos (la vida, la integridad física, la libertad sexual, etc.), lo cual se desprende de la cláusula concursal contenida en el propio precepto, cuando el tenor del artículo reza que el delito se castigará con las penas que anteriormente hemos mencionado **“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”**, sin conllevar esto en ningún caso la producción de un *bis in idem*.

5.2.5 Reflexión sobre la previsión penal prevista para el delito de maltrato habitual

Tras el análisis detallado de la estructura de esta norma penal, no deja de parecer que, aunque esta tipificación está destinada a proteger a las víctimas que sufren el clima de maltrato en el ámbito familiar, adolece de ciertas deficiencias.

La primera de ellas, referida a que **el tipo penal agrupa de manera excesiva una pluralidad de víctimas o sujetos pasivos entre los que existe, de forma patente, gran desigualdad en cuanto a su grado de vulnerabilidad** y los efectos que en cada una puede producir esa atmósfera irrespirable de maltrato, que constriñe la voluntad de los que la sufren.

Siguiendo la línea del análisis que se pretende exponer a través de este trabajo, de la protección legal prevista para los menores de edad, **no parece adecuado englobar a los descendientes menores de edad en la misma categoría de víctimas que el cónyuge, o los ascendientes o hermanos propios o del cónyuge** a los que también alude el precepto, por ejemplo: el menor, por cuestiones biológicas, psicológicas y emocionales, siempre se encontrará en una situación de especialísima vulnerabilidad e inferioridad natural respecto del progenitor, que además actúa como una figura de autoridad respecto del mismo, característica que no se da en las relaciones con otros familiares.

Partiendo de la base de que cualquier persona víctima de violencia habitual sufre los efectos físicos, y más importante, psicológicos, negativos que se derivan de la misma, y admitiendo, también, que hay personas adultas que se verán más afectadas, psicológicamente, tras sufrir una situación de violencia continuada, que otras, no es igual ni tampoco comparable la capacidad emocional para poder enfrentar este tipo de situaciones que puedan tener el cónyuge, ascendiente, o hermano del autor, todos mayores de edad y personas plenamente desarrolladas, a la que puede presentar un niño.

Un menor que ha vivido su infancia bajo esa atmósfera de maltrato (físico o psicológico), muchas veces no sabe ni siquiera que se encuentra en dicha situación, pues es todo lo que ha conocido, y, de forma clara, lo que ha normalizado, comprometiendo su salud a todos los niveles.

El maltrato continuado sobre los menores tiene efectos devastadores, y a menudo irreversibles, en el desarrollo emocional y mental de los mismos, que ya hemos expuesto anteriormente al analizar las características que presenta el menor maltratado, por lo que lo vulnerado sería, en muchos casos, **un bien jurídico irrecuperable, que permanecerá afectado durante la vida del menor.** Los menores, especialmente en las etapas tempranas de su infancia y adolescencia, se encuentran en una situación de indefensión patente, ya que carecen de todo tipo de recursos que podrían impulsarles a salir del ciclo de maltrato: económicos, de gestión de la situación, de recurso a mecanismos legales o redes de apoyo de cualquier índole.

La inclusión de los menores dentro de la extensiva lista de víctimas del delito de maltrato habitual impide que se reconozcan las dinámicas particulares que ocurren en el maltrato infantil, y mira para otro lado a la hora de reconocer su posición de vulnerabilidad extrema frente a sus agresores, la cual se agrava cuando son precisamente los progenitores, que deberían actuar de acuerdo a su posición de garantes, los que ejercen los actos violentos que menoscaban la salud, la integridad física, psicológica, o sexual del niño, y convierten un ambiente familiar que debería ser privado y pacífico, que proporciona la libertad al menor de desarrollarse adecuadamente, en un entorno sofocante y devastador para el mismo, cuya relación con los que deberían ser sus cuidadores y proveedores de estabilidad física, económica, y emocional, se ve pervertida por el maltrato.

Además, al ocurrir estas conductas lesivas para el niño en el interior del domicilio constitucionalmente protegido, se dificulta su detección y el alcance de la legalidad, **siendo poco probable que los niños comuniquen su situación o puedan pedir ayuda a personas ajenas al núcleo familiar,** ya que, como hemos dicho antes,

muchas veces no son conscientes de que la situación en la que se encuentran no es la normal o siquiera, que sea ilegal. Esto no ocurriría, en ningún caso, con el resto de víctimas a las que alude el precepto, que, aunque son conscientes de que el maltrato sufrido es ilegal y penalmente reprochable, por miedo u otros motivos no denuncian, pero **no se encuentran en un desconocimiento de la naturaleza de su situación, y no sufren esa falta de autonomía.**

La especial vulnerabilidad de los menores en el ámbito familiar demanda un tratamiento jurídico diferenciado, que tome en cuenta su dependencia, indefensión y el impacto prolongado del maltrato en su desarrollo. A pesar de la existencia de agravaciones de la pena relativas a los menores como víctima, estas no parecen suficientemente manifestativas de la gravedad de los actos perpetrados contra ellos. **Un tipo penal específico para el maltrato hacia menores permitiría visibilizar esta realidad y garantizar una mayor protección frente a la violencia doméstica.**

La segunda de las deficiencias que es posible observar es que **las penas previstas no se ajustan tampoco a la gravedad del impacto** que este tipo de conductas prolongadas produce particularmente en los menores, pareciendo **desproporcionado** que la creación de ese clima de maltrato en el que convive el menor obtenga como respuesta penal la pena de privación de libertad de 6 meses a 3 años, desproporción que resulta más notoria, **si cabe, cuando se compara con la respuesta penal que el ordenamiento da a otros tipos delictivos que afectan, por ejemplo, a bienes jurídicos que son recuperables, como el patrimonio.** Cito a modo de ejemplo comparativo, el caso del delito de estafa, previsto en el artículo 248 del Código penal, cuando se utiliza engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, con ánimo de lucro, se impone la misma pena de prisión, de 6 meses a 3 años, así como la pena prevista en el artículo 274.2 del Código Penal, para el caso de que una persona, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado, comercialice productos al por menor que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el de aquel, que es igualmente de prisión de 6 meses a 3

años. En ambos casos, tanto el perjuicio económico que supone el delito de estafa para una persona, como el que supone el del daño a la propiedad industrial, son cualitativamente menos graves que el que supone el maltrato directo sobre el menor, además ejercido de forma habitual, lo cual arroja luz sobre la desproporción de la pena impuesta **en el delito de maltrato habitual, que resulta ser un tipo pluriofensivo**, y cuyas consecuencias tienen carácter permanente sobre una persona, y no sobre un bien material, con el añadido de que la habitualidad de la conducta introduce un elemento **de especial peligrosidad y daño acumulativo que no se estaría reflejando en la pena, ya que se equipara a delitos que son actos únicos y de menor alcance.**

En resumen, por los motivos expuestos, no se estaría legislando eficazmente para cumplir con los fines de la pena: no estaría cumpliéndose con el fin de retribución, porque la pena no es proporcional al daño causado a los bienes jurídicos protegidos, ya que las secuelas psicológicas que deja el maltrato habitual pueden perdurar toda la vida y afectar al desarrollo emocional, social y físico de la víctima. Tampoco se estaría logrando un efecto disuasorio que desincentive la comisión de conductas de maltrato habitual en el ámbito familiar, por ser la pena demasiado baja, y, finalmente, estaría complicándose el fin de resocialización y reinserción social, ya que, una pena corta, de 6 meses, por ejemplo, limita la posibilidad de realizar intervenciones psicosociales o implementar programas especializados para tratar los problemas de conducta del autor, no reduciendo el riesgo de reincidencia, ya que en el caso del maltrato habitual, las dinámicas de abuso suelen estar profundamente arraigadas en la personalidad del autor.

6. MEDIDAS JUDICIALES QUE PUEDEN ADOPTARSE

En el ámbito judicial, la competencia para conocer de estos asuntos es el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del lugar correspondiente, o, según el artículo 14.4 de la LECrim, serán competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando, en el marco del maltrato doméstico al menor, también se haya producido un acto de violencia de género. Cuando **la víctima de un delito es un menor de edad**, el MF actúa en el ejercicio de la acción penal para velar por su defensa, al tratarse de un grupo de víctimas especialmente vulnerables.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita⁵⁵, en su apartado g) reconoce el derecho a la misma de forma inmediata a las personas menores de edad, cuando sean víctimas del delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 CP, o en los delitos contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, y el artículo 13 de la LECrim establece que se consideran como primeras diligencias, entre otras, proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, **por lo que es posible acordar a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis, o la Orden de Protección prevista en el artículo 544 ter** de la misma ley.

En base a esto, en la fase de instrucción cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares de protección, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

⁵⁵ BOE-A-1996-750 *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*. Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-750>.

6.1 LOS ARTÍCULOS 544 BIS Y TER DE LA LECRIM

El artículo 544 bis LECrim, prevé que, cuando resultase estrictamente necesario para la protección de la víctima, el juez o tribunal, de forma motivada, pueda imponer cautelarmente al inculpado la **prohibición de residir o acudir a un determinado lugar**, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, o de **aproximarse o comunicarse** con determinadas personas. Y que el incumplimiento de estas medidas conllevaría la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter, o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, dependiendo de las circunstancias del caso.

El artículo 544 ter LECrim regula la adopción de la Orden de Protección, **una resolución judicial** que, en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de delitos o faltas de violencia doméstica, y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, **ordena su protección** mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesarias, por remisión de la Orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las CCAA. Podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el MF, o ante las FCSE, las oficinas de atención a la víctima, o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas, solicitud que será remitida de forma inmediata al juez competente.

Una vez el juez de Guardia ha recibido la solicitud, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante, al MF y al presunto agresor asistido en su caso de abogado, en la que se adoptarán las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto autor y la víctima realizándose por separado. Una vez celebrada esta audiencia el juez resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud, y en caso de otorgarla el contenido y vigencia de las medidas que incorpore la orden de protección. Esta resolución judicial **confiere a la víctima un Estatuto integral de protección, comprendiendo medidas cautelares de orden civil y penal**, que se mencionan en el mismo precepto, y de asistencia y protección social.

Las medidas de carácter civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o el Ministerio fiscal, y se adoptarán sin perjuicio de las previstas en el artículo 158 del Código Civil, pudiendo consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores, o el régimen de prestación de alimentos. La vigencia de estas medidas será de 30 días, pero pueden permanecer en vigor durante otros 30 días si se presenta una demanda ante la jurisdicción civil, en cuándo un proceso de familia, plazo en el cual deben ser ratificadas, modificadas o alzadas por el juez competente.

Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal: al hacerse una descripción tan genérica y una remisión al ordenamiento procesal criminal, se entiende que no hay una limitación a las medidas penales a adoptar, entre ellas se hallan la prisión provisional, la prohibición de aproximación o comunicación y la suspensión de la tenencia, porte y uso de armas, todas a adoptar siempre y cuando estén previstas en el ordenamiento procesal penal, y su contenido, requisitos y vigencia serán los establecidos en la LECrim.⁵⁶ La Orden de Protección **implica que la víctima estará permanentemente informada sobre la situación procesal del investigado, o su situación penitenciaria**, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares que se hayan adoptado, y quedará inscrita en el registro central para la protección de víctimas de violencia doméstica y de género⁵⁷.

⁵⁶ Bonilla Correa, J. (2005) “La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género”. *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia Y Relaciones Con Las Cortes*, nº 2002. Págs. 4842–4843. Disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2593>.

⁵⁷ BOE-A-2003-15411 Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-15411>.

El artículo 544 quinqués de la LECrim, por su parte, indica que en los casos en que se investigue un delito de estas características, cuando resulte necesario para la protección de la víctima menor de edad, se podrán adoptar motivadamente alguna de las siguientes medidas: suspender la patria potestad de alguno de los progenitores, establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio fiscal y las entidades públicas competentes, suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente, o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor. Una vez concluido el procedimiento, el órgano judicial, valorando exclusivamente el interés del menor, ratificará o alzará estas medidas de protección que hubieran sido adoptadas.

7. CONCLUSIONES

- La detección del maltrato infantil por parte de las autoridades públicas es especialmente difícil debido a que se produce en el seno del domicilio familiar, (y por lo tanto, ambiente íntimo, y constitucionalmente inviolable), **y también su denuncia**, por los escasos recursos que tienen las víctimas menores de edad a la hora de hacer conocer de su situación a otras personas. Ambos son factores determinantes en la persistencia de este tipo de maltrato a día de hoy, a pesar de la normativa vigente establecida para erradicarlo .
- El menor genera sus primeros vínculos afectivos y se educa en el seno de la familia, institución jurídicamente reconocida, que cumple funciones estratégicas, emocionales, y económicas. Estratégicas, al hacer posible la subsistencia social; emocionales, al ser el marco en el que se desarrollan los nuevos individuos: debe ser un entorno seguro en el que estos puedan desarrollar su identidad y recibir apoyo afectivo; y económicas, ya que, por las relaciones familiares, los progenitores tienen la obligación de proveer de alimentos a los hijos.
- La familia se protege constitucionalmente a través del artículo 39 de la CE, el cual establece el mandato de asegurar la protección social, económica y jurídica de la misma. Precisamente consecuencia de esto, el ordenamiento jurídico regula diferentes instituciones jurídicas ordinarias, como la filiación, la patria potestad, o las obligaciones alimentarias.
- La filiación es un vínculo fundamental que une a los padres con sus hijos, tanto en su dimensión biológica como jurídica. En su aspecto biológico, se refiere a la relación genética y física entre los progenitores y el hijo, que genera un vínculo natural. Sin embargo, la filiación tiene también un componente jurídico, que se refiere a la inscripción legal del hijo como descendiente de esos padres, independientemente de la existencia de un lazo biológico directo en algunos casos, como en situaciones de adopción. El contenido nuclear de la filiación

radica en los derechos y obligaciones que surgen de este vínculo. Los progenitores tienen la obligación de proporcionar cuidados, educación, protección y sustento al hijo, así como la responsabilidad de tomar decisiones cruciales sobre su bienestar, salud y desarrollo. A su vez, el hijo tiene derechos relacionados con su bienestar, como el derecho a ser alimentado, a recibir educación y a gozar de la protección de sus padres.

- La patria potestad es un derecho inherente a la paternidad y a la maternidad, que se ejerce con carácter tutelar, y de forma obligatoria e irrenunciable para sus titulares. Cuando no se ejerce adecuadamente, y se incumplen los deberes que conlleva, los órganos judiciales o la Entidad Pública correspondiente tienen la potestad para modularla, e incluso, en los casos más graves, suspenderla, asumiéndola la Administración.
- La medida de privación de la patria potestad no es una sanción consecuencia de los incumplimientos de la misma, sino que se aplica para defender los intereses del menor. La privación de la patria potestad se considera una medida de protección, destinada a salvaguardar el bienestar del menor ante situaciones de maltrato, negligencia o incapacidad de los padres para ejercerla adecuadamente.
- Los progenitores se encuentran en una posición de garante respecto de la integridad física y psicológica de sus hijos, dado el mandato que establece para ellos el artículo 154 CC de velar por los mismos (constituyendo un deber jurídico especial), y por tanto, son susceptibles de incurrir en responsabilidad criminal por delitos de comisión por omisión.
- La legislación de protección de menores se rige por los principios de interés superior del menor, de participación activa, y de protección integral y efectividad, buscando garantizar un entorno seguro, saludable y respetuoso de sus derechos. Estos principios aseguran que las decisiones legales y sociales respondan a las necesidades de los menores, favoreciendo su desarrollo integral, su voz en

procesos que los involucren y la implementación efectiva de medidas para prevenir el maltrato y la negligencia.

- Con la promulgación de la CE de 1978 ocurrió un cambio de perspectiva en la legislación de menores al establecer, de forma implícita, que los estos eran titulares de todos los derechos contenidos en el Título I de la norma. Asimismo, añadió el mandato en su artículo 39.2 de que los poderes públicos deberán asegurar la protección integral de los hijos. Posteriormente la LOPJM establecería un marco de reconocimiento pleno de derechos del menor, y como principios rectores del ordenamiento, el de interés superior del menor y participación activa.
- La ley 26/2015, que modifica la LOPJM, completaría los conceptos de situación de riesgo y situación de desamparo de un menor que se venían empleando hasta el momento, añadiendo una serie de circunstancias a modo de *numerus apertus* como casuística de la situación de desamparo, con el objetivo de abarcar diferentes situaciones que daban lugar a duda. Las más relevantes son: el abandono del menor, el riesgo para la vida, salud e integridad física y psicológica del menor, en especial en situaciones de malos tratos físicos graves o maltrato psicológico continuado, la inducción a la delincuencia, prostitución, o mendicidad del menor, y la ausencia de escolarización.
- La LOPIVI es la ley de reforma más importante y reciente que se ha promulgado acerca de esta materia. Entre sus modificaciones más relevantes encontramos: que el órgano judicial podrá acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad o del régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor; la no aplicación de la dispensa de la obligación de denunciar de la que gozaban el cónyuge y familiares cercanos del autor cuando la víctima del delito sea un menor de edad; la obligatoriedad de realizar como prueba preconstituída el testimonio de un menor de 14 años; y el establecimiento de un deber genérico (hacia toda la ciudadanía), y otro cualificado (a quienes por su cargo o profesión tengan

encomendada la asistencia de menores), de comunicación de situaciones de violencia que afecten a un menor de edad.

- El maltrato sobre el menor puede ser físico, psicológico, sexual, o de negligencia, repercutiendo profundamente en el desarrollo físico, psicológico o emocional del menor, y causando a largo plazo estados emocionales depresivos, aislamiento social, agresividad, desconfianza hacia el entorno, absentismo escolar y bajo rendimiento, propensión al consumo de alcohol, drogas, y desarrollo de actividades delictivas, y a la transmisión intergeneracional de violencia.
- El artículo 153.1 CP reprocha penalmente aquella conducta que cause a otro menoscabo psíquico, una lesión menos grave o lo golpee o maltrate de obra, cuando los sujetos pasivos son, por un lado, y con una pena más grave, la que haya sido o sea esposa del autor, o que tenga con el análoga relación de afectividad, y, por otro, las personas vinculadas al autor de su ambiente familiar o cuasi familiar, donde entran los descendientes. Los bienes jurídicos lesionados es la integridad moral y la paz y orden familiar, cuya vulneración se castiga con la imposición, entre otras, de la pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año, en caso de ejercerse sobre la esposa o figura análoga, y de 3 meses a 1 año, en los demás supuestos.
- El artículo 173.2 CP reprocha penalmente aquella conducta consistente en la ejecución de actos de violencia física o psíquica de forma habitual, que, de forma conjunta, generan una situación de dominio sobre personas vinculadas al autor por relaciones familiares o cuasi familiares, produciendo un efecto continuado de maltrato. El bien jurídico lesionado es la dignidad personal y la integridad moral de la víctima, cuya vulneración se castiga con la imposición, entre otras, de la pena privativa de libertad de 6 meses a 3 años.

- La previsión del delito del artículo 173.2 CP es deficiente, ya que agrupa de forma excesiva una pluralidad de sujetos pasivos entre los que existen diferentes grados de vulnerabilidad, destacando que los descendientes menores de edad se encuentren en el mismo grupo que el cónyuge, hermano o ascendiente del autor. La enumeración de posibles víctimas que hace este tipo penal constituye una especie de “cajón desastre” donde encuentran cabida situaciones claramente diferentes, lo cual impide que se reconozcan las dinámicas únicas que ocurren en el maltrato infantil. Tampoco es proporcional al daño causado, ni efectiva a la hora de la reinserción social, la pena prevista, por ser demasiado baja.
- El órgano competente para conocer en esta materia es el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del lugar correspondiente, cuyo titular puede optar, atendiendo a las circunstancias, y rigiéndose por el principio de interés superior del menor, por aplicar las medidas cautelares previstas tanto en el CC como en la LECrim. Las de carácter civil, pueden consistir en la suspensión de la patria potestad, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, o el mantenimiento del régimen de visitas y comunicación del progenitor con el menor, y las medidas de carácter penal, en la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, o la concesión a la víctima o víctimas de una Orden de Protección.

8. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Medina Pabón, J. (2014). *Derecho Civil*, Universidad del Rosario, Bogotá, pág. 33.
- Martínez de Aguirre Aldaz. (2021). *C. Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Edisofer, S.L, Madrid, pág. 23.
- De Pablo Contreras, P. (2021). *Curso de Derecho Civil, Derecho de familia*, Edisofer, S.L, España, págs. 329-339.
- Lledó Yagüe, F, (2017). *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia*, Dykinson. Madrid, págs. 126-128.
- De Palma del Teso, A. (2006). “*Administraciones públicas y protección de la infancia*”, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), España, págs. 21-26.
- Palomino Díez, I. (2018). “La situación de desamparo del menor y la tutela de la entidad pública. La guarda voluntaria”, en B. Andreu Martínez, (Coord). *Protección Civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, págs. 301-327.
- Cardona Guash, O. (2018). “Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en F. Lledó Yague (Coord), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la Infancia y a la adolescencia*, Dykinson. Madrid, págs. 272-292.

- Zaitegui De Miguel, N. (1995). *Trabajando en la prevención del maltrato*, Vitoria-Gasteiz, págs. 60-63.
- Muñoz Conde, F. (2020). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, págs. 211-215.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (2020). *Manual de Derecho penal*. Thomson Reuters. Madrid, págs. 168-172.
- Cano Paños, M. (2015). Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos, en L. Morillas Cueva (Coord), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, págs. 413-432.
- Muñoz Conde, F. (2020). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 222.
- Martín De Espinosa Ceballos, E. (2022). *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 134.
- Sánchez-Calero Arribas, B. (2004). “Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad”, en Lasarte Álvarez, C. (Coord), *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, España, pág. 161.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- Amigo Rodríguez, A. (2020). “Violencia doméstica habitual sobre menores”. *Diario La Ley*, nº 9704.
- Bonilla Correa, J. (2005) “La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género”. *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia Y Relaciones Con Las Cortes*, nº 2002. Págs. 4842–4843.
- Cuadrado Ruiz, M. (2019). “La posición de garante”. *Revista de Derecho penal y criminología*, nº6, págs. 11-68.
- Fernández Soria, J. (1984). “Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España”. *Revista interuniversitaria*, nº3, págs. 191-214.
- Martínez García, C. (2017) *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, España, pág. 27.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. *Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia*. Juventud e Infancia. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2024.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *V y VI informe de aplicación de la convención sobre los derechos del niño de NN.UU. y sus protocolos facultativos*. España: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016.
- Monereo Pérez J. (2009). Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales. *Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y bienestar social*, nº 100, págs. 295-328.

- Ocón Domingo, J. (2003) “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº45, págs. 13-28.
- Ródenas Collado, L. (2013). “La desamortización eclesiástica en España”. *Momentos de la Historia*, nº 80, pág. 12.
- Rodríguez Mourullo, G. (1966) “La omisión de socorro en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº3, págs. 752-754.

CITAS DE INTERNET

- Citado de la web de Plataforma de Infancia (2016). *Informe de progreso sobre la protección infantil en España*. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org>.
- García García, N. (2017). ¿Conocemos bien el marco jurídico que arropa el interés del menor?, Familia y Sucesiones. Disponible en: <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor>.
- Olmo Pérez, M. (2024). Interés superior del menor en el Derecho de Familia, Derecho Civil, ejemplos. Disponible en línea: <https://derechovirtual.org/interes-superior-del-menor-en-el-derecho-de-familia/>.
- Web del Congreso de los Diputados. Disponible en: <https://www.congreso.es/es/cem/const1845>.
- Lorente García-Mauriño, A. (2015). Ley orgánica 8/2015 (22 de julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (resumen).

Disponible en <https://www.familiaysalud.es/historia-de-nuestra-web/historia-de-nuestra-web/ley-organica-82015-22-de-julio-de-modificacion-del>

- Merino Escartín, J. (2015). Resumen de las dos leyes del menor. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-las-dos-leyes-del-menor/#proteccion-juridica-de-menores-ley-organica>
- Ministerio de Justicia. Soluciones Registro Central de Delincuentes Sexuales. Administración de Justicia. Disponible en: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-registro-central-de-delincuentes-sexuales>.
- Martínez Novo, S. (2021). Novedades legislativas - Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de género. Disponible en: <https://www.martineznovobogados.com/novedades-legislativas-menores/>.
- Noticias Jurídicas. (2021). Claves de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.
- ONU: Asamblea General. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1989/es/18815>.
- BOE-A-1990-31312 *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. (1990, 31 diciembre). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>.

- BOE-A-2014-5947 *Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.* (2011, 11 mayo). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947.
- BOE-A-1978-31229 *Ley 311, de 29 de diciembre, Constitución Española,* (1978, 29 diciembre). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.
- BOE-A-1981-11198 *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio,* (1981, 13 mayo). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>.
- BOE-A-1996-1069 *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* (1996, 15 enero). Disponible en línea: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>.
- BOE-A-2015-4606 *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* (2015, 27 abril). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>.
- BOE-A-2021-9347 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.* (2021, 4 junio). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>.
- BOE-A-2004-21760 *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.* (2004, 28 diciembre). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

- BOE-A-1996-750 *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.* Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-750>.
- BOE-A-2003-15411 *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.* Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-15411>

9. ANEXO: JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL SUPREMO

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 445/1997 de 20 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 415/2000 de 24 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 418/2001 de 3 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 900/2005 de 10 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 870/2014, de 18 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 180/2015, de 3 de febrero.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 247/2018, de 24 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 4353/2018, de 20 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 2/2021, de 13 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 684/2021, de 15 de septiembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 180/2024, de 28 de febrero.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional Español (Sala Primera). Sentencia 59/2008, de 14 de mayo.